Die Verfügungsmacht des Testamentsvollstreckers und ihre Grenzen.

Dr. jur. Fritz Wolff.

Posen 1909.

Buchdruckerei der „Posener Neuesten Nachrichten"
G. m. b. H.

Die Verfügungsmacht des Testamentsvollstreckers und ihre Grenzen.

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde der Juristischen
Fakultät der Universität zu Breslau

vorgelegt von

Fritz Wolff,
Referendar in Posen.

Posen, im Juni 1909.
Buchdruckerei der „Posener Neuesten Nachrichten", G. m. b. H.

Gedruckt mit Genehmigung der Juristischen Fakultät der Universität Breslau.

Referent: Professor **Dr. Fischer.**
Korreferent: Professor **Dr. Dahn.**

Seinen teuren Eltern

in Liebe und Dankbarkeit gewidmet.

Inhaltsverzeichnis.

Literaturverzeichnis.

I. Monographieen über den Testamentsvollstrecker.

Andrée: Die rechtliche Natur der Testamentsvollstreckung. Inaug.-Diss. Freiburg 1900.

Arnold: Der Testamentsvollstrecker. Inaug.-Diss. Freiburg 1902.

Beseler: Von den Testamentsvollziehern in der Zeitschrift für Deutsches Recht und Deutsche Rechtswissenschaft Band 9. Mannheim 1845.

Brettner: Der Testamentsvollstrecker nach neuem Deutschen Recht im Archiv für Bürgerliches Recht Band 17. 1900.

Deutsch: Die Vorläufer der heutigen Testamentsvollstrecker im Römischen Recht. Inaug.-Diss. Göttingen 1899.

Freudenheim: Die rechtliche Stellung des Testamentsvollstreckers nach gemeinem Rechte und dem Rechte des bürgerlichen Gesetzbuches. Inaug.-Diss. Erlangen 1900.

Hinschius: Die rechtliche Stellung der Testaments-Exekutoren in der Preußischen Anwalts-Zeitung. V. Jahrgang 1866.

Lammer: Das Recht der treuen Hand nach deutschem Rechte. Inaug.-Diss. Würzburg 1875.

Lissauer: Die juristische Natur des Testamentsvollstreckers. Inaug.-Diss. Erlangen 1896.

Maeder: Die Rechtsstellung des Testaments-Exekutors, insbesondere seine Aktiv- und Passivlegitimation in Nachlaßprozessen. Inaug.-Diss. Marburg 1897.

Marcus: Die Testamentsvollstreckung nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch im Sächsischen Archiv für Bürgerliches Recht und Prozeß Band 8. 1898.

Marschner: Die Stellung des Testamentsvollstreckers im Prozeß und während der Zwangsvollstreckung. Inaug.-Diss. Rostock 1904.

Patzelt: Die rechtliche Stellung des Testamentsvollstreckers nach gemeinem Recht und nach dem bürgerlichen Gesetzbuche. Inaug.-Diss. Greifswald 1904.

Rosenthal: Die rechtliche Natur der Testamentsexekution. Inaug.-Diss. Breslau 1883.

Schaller: Die Befugnis des Testamentsvollstreckers zur Führung von Prozessen um die Wirksamkeit des Testaments. Inaug.-Diss. Göttingen 1901.

Schleifer: Die Rechtsstellung des Testamentsvollstreckers. Inaug.-Diss. Breslau 1908.

J. Scholz der Dritte: Ueber Testaments-Vollzieher, besonders in Anwendung auf das Geschäftsleben. Altenburg 1841.

Schultze: Die langobardische Treuhand und ihre Umbildung zur Testamentsvollstreckung. Heft 49 der Untersuchungen Gierkes zur Deutschen Staats- und Rechtsgeschichte 1895.

Schultze: Treuhänder im geltenden bürgerlichen Recht in Iherings Jahrbüchern für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts Band 43. 1901.

Seckt: Beitrag zur Lehre von der Testamentsvollstreckung. Inaug.-Diss. Rostock 1899.

Siegert: Rechtliche Natur und Stellung des Testamentsvollstreckers nach dem BGB. Inaug.-Diss. Leipzig 1903.

A. Sturm: Die Lehre von den Testamentsvollstreckern und der Entwurf des bürgerlichen Gesetzbuchs. Berlin 1896.

A. Sturm: Die Lehre von den Testamentsvollstreckern nach dem BGB. 1898.

Stüve: Zur Prozeßlegitimation des Testamentsvollstreckers. Inaug.-Diss. Greifswald 1897.

Wiebering: Die Rechtsmacht des Testamentsvollstreckers. Inaug.-Diss. Rostock 1904.

Wolff: Die Befugnis des Testamentsvollstreckers zur Führung von Prozessen um die Wirksamkeit oder Unwirksamkeit des Testaments. Inaug.-Diss. Göttingen 1902.

II. Erbrechtliche Literatur.

Böhm: Das Erbrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Hannover 1896.

Cosack: Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts. Band II. 4. Auflage 1904.

Dernburg: Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs. V. Band Deutsches Erbrecht. 2. Auflage. 1905.

Endemann: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. 3. Band Erbrecht. 7. Auflage. 1900.

Enneccerus-Lehmann: Das Bürgerliche Recht. 2. Band. 1898.

Frommhold: Das Erbrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs. 1900.

Glanvell: Die letztwilligen Verfügungen nach gemeinem kirchlichen Recht. Paderborn 1900.

Goldfeld: Streitfragen aus dem deutschen Erbrecht. 1893.

Jaeger: Erbenhaftung und Nachlaßkonkurs. 1898.

Koch: Das Preußische Erbrecht. Berlin 1866.

Meischeider: Die letztwilligen Verfügungen nach dem BGB. 1900.

Pelargus: Das Erbrecht des BGB. 1899.

Planck: Bürgerliches Gesetzbuch. 5. Band Erbrecht. 1. und 2. Auflage. 1902.

Rueger: Aus dem Erbrecht des deutschen BGBs., zitiert aus dem Sonderabdruck aus dem Sächsischen Archiv für Bürgerliches Recht und Prozeß. (Vorträge über das BGB.) 1901.

Staudinger: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 5. Band Erbrecht. 2. Auflage. 1906.

Strohal: Das Deutsche Erbrecht auf Grundlage des BGB. 1. Band. 3. Auflage. 1903.

Weißler: Das Deutsche Nachlaßverfahren. 1900.

III. Hilfswerke.

a) Aus dem materiellen Recht.

Börner: Der allgemeine Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs im Sächsischen Archiv für bürgerliches Recht und Prozeß. Band 8. 1898.

Bornemann: Systematische Darstellung des Preußischen Privatrechts. Band 6. 1839.

Cosack: Lehrbuch des Deutschen bürgerlichen Rechts. Band I. 4. Auflage. 1903.

Dernburg: Das bürgerliche Recht des Deutschen Reiches.
I. Band: Die allgemeinen Lehren. 1902.
II. Band Abteilung 2: 3. Auflage. 1906.
III. Band: Sachenrecht. 3. Auflage. 1904.

Dernburg: Pandekten. 3. Band. 5. Auflage. 1897.

Dernburg: Lehrbuch des Preußischen Privatrechts. 3. Band. 3. Auflage. Halle 1884.

Endemann: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. 2. Band. Sachenrecht. — Familienrecht. 7. Auflage. 1900.

Engelmann: Das Bürgerliche Recht Deutschlands. 4. Auflage. 1906.

O. Fischer: Lehrbuch des preußischen Privatrechts. 1886.

Fischer-Henle: Handausgabe des Bürgerlichen Gesetzbuchs. 6. Auflage. 1904.

Förster: Theorie und Praxis des heutigen gemeinen preußischen Privat-Rechts. 4. Band. 3. Auflage. Berlin 1874.

Gierke: Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung. 1887.

Goldmann-Lilienthal: Das Bürgerliche Gesetzbuch. 1. Band. 2. Auflage. 1901.

Heusler: Institutionen des deutschen Privatrechts. 2. Band. 1886.

Immerwahr: Die Kündigung. 1898.

Kohler: Der Dispositionsnießbrauch in Iherings Jahrbüchern für Dogmatik. Band 24. 1886.

Kuhlenbeck: Das Bürgerliche Gesetzbuch. 1. Band. 1899.

Matthiaß: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechtes. 1. Band. 4. Auflage. 1900.

Neumann: Handausgabe des Bürgerlichen Gesetzbuchs. 1. Band. 3. Auflage. 1903.

Oertmann: Das Recht der Schuldverhältnisse. 1906.

Planck: Bürgerliches Gesetzbuch.
I. Band: Einleitung und Allgemeiner Teil. 3. Auflage. 1903.
II. Band: Recht der Schuldverhältnisse. 3. Auflage. 1907.
III. Band: Sachenrecht. 3. Auflage. 1906.

Schollmeyer: Das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs in Einzeldarstellungen. IV. Das Recht der einzelnen Schuldverhältnisse. 1897.

Sohm: Institutionen. 11. Auflage. Leipzig 1903.

Sohm: Vermögensrecht. Gegenstand. Verfügung im Archiv für Bürgerliches Recht. Band 28, Heft 1. Berlin 1906.

Sohm: Der Gegenstand. 1905.

Staudinger: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch.
II. Band b. Besonderer Teil: Recht der Schuldverhältnisse. 2. Auflage. 1906.
III. Band: Sachenrecht. 3. und 4. Auflage. 1907.

Stobbe: Handbuch des Deutschen Privatrechts. 5. Band. 1. und 2. Auflage. Berlin 1885.

Wilutzky: Die Verfügungen des BGB. im Archiv für Bürgerliches Recht. Band 28, Heft 1. Berlin 1906.

b) Aus dem Prozeßrecht.

Bunsen: Die Parteien im Zivilprozesse in der Zeitschrift für Deutschen Zivilprozeß. Band 26. 1899.

Bülow: Das Geständnisrecht. 1899.

O. Fischer: Kommentar zum Zwangsversteigerungsgesetz von Krech und Fischer. 1. Auflage. 1883.

Gaupp-Stein: Die Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich. 8. und 9. Auflage. I. Band. 1906.

Hellwig: Anspruch und Klagerecht. 5. Band, 1. Heft der Abhandlungen Fischers zum Privatrecht und Zivilprozeß. Jena 1900.

Hellwig: Lehrbuch des Deutschen Zivilprozeßrechts. 1. Band 1903. 2. Band 1907.

Hellwig: Prozeßführungsrecht und bloße Prozeßführungsmacht im Recht. 6. Jahrgang 1902.

Hellwig: Wesen und subjektive Begrenzung der Rechtskraft. 1901.

Kiehl: Eintritt in den Prozeß in der Zeitschrift für Deutschen Zivilprozeß. Band 30. 1902.

Kohler: Succession in das Prozeßverhältnis in der Zeitschrift für Deutschen Zivilprozeß. Band 12. 1888.

Petersen: Ueber den Parteibegriff und die Parteifähigkeit in der Zeitschrift für Deutschen Zivilprozeß. Band 18. 1893.

Petersen-Anger: Die Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich. 1. Band. 5. Auflage. 1904.
Schott: Das Armenrecht der deutschen Zivilprozeßordnung in Fischers Abhandlungen zum Privatrecht und Zivilprozeß des Deutschen Reiches. 4. Band. 3. Heft. Jena 1900.
Seuffert: Kommentar zur Zivilprozeßordnung. 8. Auflage. 1902.
Stegemann: Die Parteien im Prozesse in der Zeitschrift für Deutschen Zivilprozeß. Band 17. 1892.
Struckmann-Koch: Die Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich. 1. Band. 8. Auflage. 1901.
Sydow-Busch: Zivilprozeßordnung. 10. Auflage. 1905.
Wach: Handbuch des Deutschen Zivilprozeßrechts. 1. Band des Handbuchs der deutschen Rechtswissenschaft von Binding. 1885.
Weißmann: Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechtes. 1. Band. 1903.

c) Hilfswerke allgemeiner Natur.

Entscheidungen des Reichsgerichts.
Entscheidungen des Kammergerichts.
Motive zu dem Entwurf eines Bürgerliches Gesetzbuches für das Deutsche Reich.
Protokolle der Kommission für die 2. Lesung des Entwurfs des Bürgerliches Gesetzbuches.
Roßhirt: Zeitschrift für Zivil- und Kriminalrecht. 1. Band. Heidelberg 1831.
Verhandlungen des 21. Deutschen Juristentages. 1. Band 1890 und 3. Band 1892.

§ 1.

Die positiven Aufgaben des Testamentsvollstreckers.

Die positiven Aufgaben des Testamentsvollstreckers haben ihre gesetzliche Grundlage in erster Linie in den §§ 2203 bis 2206 BGB. Ihnen zufolge hat der Testamentsvollstrecker:

1. die letztwilligen Verfügungen des Erblassers zur Ausführung zu bringen (§ 2203 BGB.),
2. wenn mehrere Erben vorhanden sind, die Auseinandersetzung unter ihnen zu bewirken (§ 2204 BGB.),
3. den Nachlaß zu verwalten, insbesondere das Recht, den Nachlaß in Besitz zu nehmen und über die Nachlaßgegenstände zu verfügen (§ 2205 BGB.),
4. das Recht, Verbindlichkeiten für den Nachlaß einzugehen, soweit die Eingehung zur ordnungsmäßigen Verwaltung erforderlich ist (§ 2206 BGB.).

Diese gesetzlichen positiven Aufgaben des Testamentsvollstreckers, den sog. gesetzlichen Wirkungskreis, kann der Erblasser gemäß § 2207 BGB. erweitern, gemäß den §§ 2208, 2209 BGB. beschränken. Macht der Erblasser von einem dieser Rechte Gebrauch, so wird der gesetzliche Wirkungskreis zum gewillkürten. Gleichviel welcher dieser beiden Wirkungskreise dem Testamentsvollstrecker zusteht, jeder von ihnen bringt eine Beschränkung der Erben mit sich; denn ein Teil der Rechte, der an sich ihnen zusteht, geht infolge des Vorhandenseins eines Testamentsvollstreckers auf diesen über.

In welchem Maße die Erben durch das Bestehen der Testamentsvollstreckung in ihren Rechten beeinträchtigt, inwieweit sie insbesondere durch die Verfügungsmacht des Testamentsvollstreckers in ihren Rechten gekürzt werden oder — im Hinblick auf unsere Abhandlung gesagt — welcher rechtliche Charakter der Verfügungsmacht des Testamentsvoll-

streckers im allgemeinen innewohnt, wie sie sich im einzelnen darstellt und wieweit sich ihre Grenzen erstrecken, beruht zunächst auf der prinzipiellen Frage, welche rechtliche Stellung der Testamentsvollstrecker bei Ausübung all seiner Befugnisse einnimmt, welche rechtliche Natur der Testamentsvollstrecker nach dem BGB. überhaupt hat.

§ 2.

Die rechtliche Natur des Testamentsvollstreckers nach dem BGB.

Ueber die Frage nach der rechtlichen Natur des Testamentsvollstreckers herrschte schon im gemeinen Recht lebhafter Streit; er ist auch heute noch nicht verstummt.

Der erste Entwurf bezeichnete den Testamentsvollstrecker als gesetzlichen Vertreter der Erben — jedenfalls in prozessualer Hinsicht — (Entwurf I., § 1903, Abs. 1), das BGB. gibt keine Definition des Begriffes „Testamentsvollstreckung", bezeichnet sie nur als „Amt" und stellt im übrigen einzelne positive Gesetzesnormen für sie auf (§§ 2197—2228 BGB.). Aus ihnen das Wesen der Testamentsvollstreckung zu erkennen, hat das BGB., wie die Motive[1]) ausdrücklich besagen, der Wissenschaft überlassen. Von dieser sind die verschiedensten Ansichten aufgestellt worden, die aber zum größten Teil an Theorieen der gemeinrechtlichen Doktrin anknüpfen.

1. Stellvertretungs-Theorieen.

a) Theorie der Erbenvertretung.

So findet sich zunächst für das BGB. die Theorie der Erbenvertretung wieder. Sie wird von ihren Anhängern auf verschiedene Weise begründet.

1. Die Mandatstheorie.

Die eine Richtung[2]), die sogen. Mandatstheorie, sieht in dem Testamentsvollstrecker einen Vertreter der Erben als Folge davon, daß er nach § 2218 Abs. 1 BGB. die Stellung eines Beauftragten hat. Diese Gesetzesbestimmung erklärt nämlich einzelne für den Auftrag geltende Vorschriften auf das Rechtsverhältnis zwischen dem Testamentsvollstrecker und dem Erben für entsprechend anwendbar.

Gegen die gedachte Auffassung spricht aber, daß eine derartige Verweisung auf die Vorschriften über den Auftrag im

---

[1]) Motive Band V, S. 217.

[2]) Pelargus: Das Erbrecht des BGB. 1899. S. 144.

BGB. häufiger[3]), wie Verweisungen im allgemeinen, lediglich „aus technischen Gründen, um Wiederholungen im Gesetz zu vermeiden"[4]), gewählt worden ist und daß abgesehen von diesem formellen Grunde gerade die §§ 665, 671 BGB. auf die Testamentsvollstreckung keine Anwendung finden. Während nämlich nach § 665 BGB. der Beauftragte, also der Testamentsvollstrecker, den Weisungen des Auftraggebers, das ist nach jener Auffassung der Erben, Folge zu leisten hätte, ist der Testamentsvollstrecker sogar gegen den Willen der Erben zu handeln befugt.[5]) Ferner kennzeichnet es das Auftragsverhältnis, daß der Auftraggeber stets Herr des Auftragsverhältnisses bleibt und den Auftrag jederzeit widerrufen kann (§ 671 BGB.), und zwar so, daß nach der herrschenden Ansicht[6]) ein Verzicht auf das dem Auftraggeber zustehende Widerrufsrecht dem Verhältnis überhaupt den Charakter als Auftrag nimmt. Der Testamentsvollstrecker dagegen kann die Erben sogar gegen ihren Willen von der Verwaltung des ererbten Vermögens ausschließen; es ist keine Rede davon, daß der Erbe dem Amte des Testamentsvollstreckers durch eigenes Handeln vorzeitig ein Ende setzen kann.[7]) Auch ist dem Auftrag nach § 662 die Unentgeltlichkeit eigentümlich, während dem Testamentsvollstrecker gemäß § 2221 BGB. im Regelfall eine angemessene Vergütung zusteht.

---

[3]) vgl. z. B. § 681 BGB. für den Geschäftsführer ohne Auftrag, § 1835 BGB. für den Vormund, § 1978 BGB. für den Nachlaßverwalter.

[4]) Endemann: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. Dritter Band (Erbrecht). 7. Auflage 1900. S. 220 und 236 Anm. 10, ebenso Staudinger: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. II. Auflage 1906. V. Band Erbrecht. S. 480.

[5]) Ebenso Schleifer: a. a. O. S. 32.

[6]) Ortmann: Das Recht der Schuldverhältnisse. 1906. S. 707 zu § 671 Anm. 1a. Goldmann-Lilienthal: Das Bürgerliche Gesetzbuch, 2. Auflage 1901, Band I. S. 699. Dernburg: Das bürgerliche Recht, 3. Auflage. 1906. Band II, Abteilung 2 § 298 I. 1. Kuhlenbeck: Das Bürgerliche Gesetzbuch, 1899. Band I zu § 671 Anm. 1 Abs. 2. Planck: Bürgerliches Gesetzbuch. II. Band (Recht der Schuldverhältnisse), 3. Auflage. 1907. S. 670c. Neumann: Handausgabe des Bürgerlichen Gesetzbuchs. I. Band. 3. Auflage 1903. § 671. 2. Ebert in Fischer-Henle: Handausgabe des Bürgerlichen Gesetzbuchs. 6. Aufl. 1904 zu § 671 Anm. 3 u. 4. Staudinger: a. a. O. II. Band (Recht der Schuldverhältnisse b. Besonderer Teil) zu § 671 Anm. 6a.

a. M. Immerwahr: Die Kündigung, 1898. S. 168, 169, Matthiaß: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechtes, Band I. 4. Auflage 1900. S. 610. A 1. Schollmeyer: Das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs in Einzeldarstellungen. IV. Das Recht der einzelnen Schuldverhältnisse. 1897. S. 70a.

[7]) vgl. Schleifer: a. a. O. S. 48b.

Aus allen diesen Umständen erhellt, daß die Auffassung der Mandatstheorie für das BGB. abzulehnen ist, daß in ihm die Bestimmung des § 2218 Abs. 1 BGB., wie Endemann[8]) sagt, „nur eine abgekürzte Fassung der Gesetzesnormen bedeutet" und Sturms[9]) Tadel, das BGB. habe sich durch diese Bestimmung „eine logische Verkehrtheit, einen juristischen Irrtum" zu schulden kommen lassen, unbegründet ist; „denn die grundsätzliche Verschiedenheit zweier Institute schließt nicht aus, daß sie doch einzelnes miteinander gemein haben."[10])

2. Vertretung kraft Gesetzes.

Andere[1]) sehen in dem Testamentsvollstrecker einen Vertreter der Erben kraft Gesetzes und leiten diese Auffassung aus den einzelnen positiven Bestimmungen über die Testamentsvollstreckung her. Gegen diese Auffassung sind Seckts[2]) Worte berechtigt,

„daß es eine abnorme Erscheinung wäre, die mit dem „Wesen der Stellvertretung unvereinbar wäre, sollte der „Erblasser die Macht haben, einem Dritten, vollkommen „Handlungsfähigen, dem Erben, über seinen Kopf hin„weg, wider seinen Willen und von ihm nicht widerruf„lich die Stellvertretung aufzuoktroyieren, die ihn, so„bald der Testamentsvollstrecker nur innerhalb seines „Kreises von Geschäften handelt, unmittelbar und un„beschränkt verpflichtet."

Daß die Theorie der gesetzlichen Erbenvertretung dem BGB. nicht zu Grunde liegt, geht auch aus dem allgemeinen Vertreterbegriffe in Verbindung mit einzelnen positiven Gesetzesbestimmungen hervor. Zum Begriffe des Vertreters ist nämlich notwendig[3]), daß dieser im Namen des zu Vertretenden auftritt; der Testamentsvollstrecker aber braucht nicht im Namen der Erben aufzutreten. Denn der Erbe ist verpflichtet, zur Eingehung gewisser Verbindlichkeiten seine

---

[8]) Endemann: a. a. O. Band III. § 52, S. 220.

[9]) A. Sturm: Die Lehre von den Testamentsvollstreckern nach dem BGB. 1898, § 29, S. 85, 86.

[10]) Strohal: Das deutsche Erbrecht auf Grundlage des BGB. Band I. Dritte Auflage. 1903. S. 292 § 40 b Anm. 2.

[1]) Goldfeld: Streitfragen aus dem deutschen Erbrecht. 1893. S. 82, 87 ff. Böhm: Das Erbrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Hannover 1896. S. 91. Petersen-Anger: Die Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich. I. Band, 5. Auflage. 1904. S. 121 fllg. Vorbemerkungen zu §§ 50 ff., insbesondere II. 8.

[2]) Seckt: Beitrag zu der Lehre von der Testamentsvollstreckung. Inaug.-Diss. Rostock 1899. S. 30. III. a. E.

[3]) So Siegert: Rechtliche Natur und Stellung des Testamentsvollstreckers nach dem BGB. Inaug.-Diss. Leipzig 1903. S. 13.

Einwilligung zu erteilen (§ 2206, Abs. 2 BGB.), der Testamentsvollstrecker kann unter bestimmten Voraussetzungen die Ausführung von Verfügungen des Erblassers von dem Erben verlangen (§ 2208, Abs. 2 BGB.), und ferner wirkt ein Urteil, das zwischen einem Testamentsvollstrecker und einem Dritten ergeht, für und gegen den Erben (§ 327 ZPO.). All diese Bestimmungen wären überflüssig und hätte das Gesetz sich erspart, handelte der Testamentsvollstrecker im Namen der Erben und wäre er als ihr Vertreter befugt, rechtlich wirksame Willenserklärungen für und gegen sie abzugeben (§ 164 BGB.).[4])

Wenngleich die Theorie der Erbenvertretung in der Literatur nicht nur in ihrer nackten Gestalt, sondern auch mit einzelnen Modifikationen auftritt, so können wir uns doch auf das Gesagte beschränken. Denn sie alle — mag der Testamentsvollstrecker nach Cosack[5]) und Jäger[6]) als „Vertreter des Erben in Ansehung des Nachlasses" oder nach Brettner[7]) als „gesetzlicher Vertreter des Erben mit bestimmten Besonderheiten" aufgefaßt werden —, sie alle sind mit dem Erfordernisse des Vertreterbegriffes und den angeführten positiven Gesetzesbestimmungen nicht in Einklang zu bringen.[8])

b) Theorie der Nachlaß-Vertretung.

Auf die Theorie der Erbenvertretung läuft es ferner, wie Goldfeld[1]) und Siegert[2]) mit Recht folgern, hinaus, wenn einzelne Autoren sich zu der Ansicht bekennen, der Testamentsvollstrecker vertrete den Nachlaß. Diese Theorie tritt in der Literatur in zwiefacher Gestalt auf. Die einen[3]) fassen nämlich den Nachlaß als juristische Person auf und stellen den Testamentsvollstrecker als Vertreter des Nachlasses als eines Rechtssubjektes hin, die anderen[4]) gehen nicht so-

1. Vertretung des Nachlasses als eines Rechtssubjekts.

2. Vertretung des Nachlasses ohne Rechtspersönlichkeit.

---

[4]) Ebenso Schleifer: a. a. O. S. 42 ff., insbesondere S. 45.

[5]) Cosack: Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts. Band II. Vierte Auflage 1904. S. 808 II.

[6]) Jäger: Erbenhaftung und Nachlaßkonkurs. 1898. S. 40 Anm. 14.

[7]) Brettner: Der Testamentsvollstrecker nach neuem deutschen Recht im Archiv für bürgerliches Recht. 1900. Band 17. S. 227.

[8]) Vgl. auch Arnold: Der Testamentsvollstrecker Inaug.-Diss. Freiburg 1902. S. 26.

[1]) Goldfeld: a. a. O. S. 92.

[2]) Siegert: a. a. O. S. 8.

[3]) Stüve: Zur Prozeßlegitimation des Testamentsvollstreckers. Inaug.-Diss. Greifswald 1897. S. 14, 15. Zum Teil auch Marschner: Die Stellung des Testamentsvollstreckers im Prozeß und während der Zwangsvollstreckung. Inaug.-Diss. Rostock 1904. S. 40.

[4]) Macder: Die Rechtsstellung des Testamentsexekutors, insbesondere seine Aktiv- und Passivlegitimation in Nachlaßprozessen. Inaug.-Diss. Marburg 1897. S. 28, 29.

weit, konstruieren den Nachlaß nicht als juristische Person, sondern lassen den Testamentsvollstrecker Vertreter des Nachlasses ohne Rechtspersönlichkeit sein. Zu den Anhängern der letzten Auffassung gehört in neuester Zeit Hellwig[5]); er faßt in seinem Werke „Anspruch und Klagrecht" seine Ansicht dahin zusammen, „daß ein Testamentsvollstrecker, soweit er die Verwaltung des Nachlasses hat, das in ihm sich darstellende selbständige Sondervermögen vertritt". Keiner der beiden Ansichten ist beizutreten. Der ersten steht entgegen, daß der Nachlaß zwar eine Vermögensgesamtheit, in Wirklichkeit aber kein Rechtssubjekt ist, vielmehr im Eigentum der Erben steht und Objekt ihrer oder der Verwaltung des Testamentsvollstreckers ist[6]). Ist der Nachlaß aber kein Rechtssubjekt, so kann er auch nicht, wie die zweite Auffassung meint, vertreten werden. Das BGB. kennt nur Vertretung für Personen (§ 164 BGB.).

c) Theorie der Erblasser-Vertretung

Eine dritte Stellvertretungstheorie, die mit den beiden vorhergehenden in engem Zusammenhange steht, ist die Theorie der Erblasservertretung. Daß der Testamentsvollstrecker die Stellung eines Beauftragten des Erblassers hat, ist, soviel ersichtlich, für das BGB. von keinem behauptet worden. Für dieses kommt die Theorie der Erblasservertretung nur insoweit in Betracht, als der Testamentsvollstrecker als Vertreter des Erblassers kraft Gesetzes angesehen wird, so vor allem die Theorie „von der formellen Repräsentation des Erblassers". Sie ist von Beseler[1]), und zwar zum ersten Male als Theorie, die sich auf deutsch-rechtlichem Boden aufbaute, aufgestellt, für das BGB. von Meischeider[2]) und Rüger[3]) wieder aufgenommen worden. Ab-

---

5) Hellwig: Anspruch und Klagrecht. Jena 1900. Band V, 1. Heft der Abhandl. Fischers zum Privatrecht und Zivilprozeß. S. 74, III., 129, 220 ff. Ebenso Hellwig: Wesen und subjektive Begrenzung der Rechtskraft. 1901. S. 37, Anm. 9, ferner Hellwig: Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts. I. Band 1903. S. 302 und II. Band 1907. S. 371, Anm. 13 a.

6) So auch Wiebering: Die Rechtsmacht des Testamentsvollstreckers. Inaug.-Diss. Rostock 1904. S. 23. § 10, Schleifer: a. a. O. S. 31, 49 d.

1) Beseler: Von den Testamentsvollziehern in der Zeitschrift für deutsches Recht und deutsche Rechtswissenschaft. Band 9. Mannheim 1845. S. 174.

2) Meischeider: Die letztwilligen Verfügungen nach dem BGB. 1900. S. 464.

3) Rüger: Aus dem Erbrecht des deutschen BGB., zitiert aus dem Sonderabdruck aus dem Sächsischen Archiv für bürg. Recht und Prozeß. (Vorträge über das BGB.) 1901. S. 469.

gesehen von Beselers[4]) eigenen, noch heute obwaltenden Bedenken, daß seine Theorie „zur vollständigen Entwickelung des Rechts der Testamentsexekutoren“ nicht ausreiche, spricht gegen die Theorie der Erblasservertretung allein der Umstand, daß die Stellvertretung auf Seiten des zu Vertretenden stets eine willensfähige Person voraussetzt, der Erblasser aber keine Rechtspersönlichkeit mehr ist, ein Verstorbener nicht vertreten werden kann oder nach Gierke[5]) „Vertreter im technischen Sinne keiner ist, dessen Prinzipal nicht mehr auf Erden weilt“.

d) Kombinierte Stellvertretungstheorieen.

Daß mit den bisherigen Ausführungen auch allen kombinierten Stellvertretungstheorieen — so stellt Lissauer[6]) den Testamentsvollstrecker als Vertreter der Erben und des Erblassers hin — ihre Berechtigung genommen ist, bedarf wohl kaum der Hervorhebung.

Es ist somit negativ festgestellt, daß der Testamentsvollstrecker in keiner Hinsicht weder auf Grund eines Auftrages noch kraft Gesetzes Vertreter ist: er vertritt nicht die Erben, nicht den Nachlaß, nicht den Erblasser.[7]).

2. Positive Theorieen.

Es ist nun aber weiterhin positiv festzulegen, wie nun eigentlich die rechtliche Natur des Testamentsvollstreckers nach dem BGB. juristisch aufzufassen ist. Hierbei berühren uns nur die sog. positiven Theorieen, d. h. die Theorieen, die sich vom Vertreterbegriffe vollkommen lossagen und unabhängig von diesem ausdrücklich aussprechen, was der Testamentsvollstrecker ist. Ihnen allen ist eigentümlich, daß sie aus dem oben festgestellten negativen Ergebnisse, der Vollstrecker ist nicht Vertreter, er ist nicht Beauftragter, den positiven Schluß ziehen, er handle im eigenen Namen, zu eigenem Recht, im fremden Interesse. Wenngleich somit der Schwerpunkt der ganzen Frage nach der Rechtsnatur des Testamentsvollstreckers im BGB. klar und deutlich vor Augen liegt und wir infolgedessen mit Gierke[8]) etwa sagen könnten:

> „Die weitere Frage nach der juristischen Konstruktion des Verhältnisses können wir getrost unerörtert

---

[4]) Beseler: a. a. O.

[5]) Gierke: Verhandlungen des 21. deutschen Juristentages, Band III. 1892. S. 226.

[6]) Lissauer: Die juristische Natur des Testamentsvollstreckers. Inaug.-Diss. Erlangen 1896. St. 41. Nr. 4.

[7]) Fischer in Fischer-Henle: a. a. O. S. 88. Vorbemerkg. zu § 164, Schleifer: a. a. O. S. 53 § 11.

[8]) Gierke: a. a. O. S. 227.

lassen. Der Gesetzgeber kann sie der Wissenschaft überlassen, wenn er eben nur den zu Grunde liegenden Gedanken des Instituts, in dem alle diese Konstruktionen zusammentreffen, annimmt",

so wollen wir doch prüfen, welche der positiven Theorieen dem Wesen der heutigen Testamentsvollstreckung einzig und allein gerecht wird.

a) Sturms „eigenste Aufstellung".

Aus der Reihe der positiven Theorieen ist zunächst Sturms Theorie[1]) auszuscheiden. Sturm verwirft zwar sämtliche „Vertrags- und Stellvertretungstheorieen des Obligationsrechts" und bezeichnet die Testamentsvollstreckung als „positives Institut, d. h. als eine Einrichtung, die weder im Vertragsrecht, im Erbrecht noch sonst eine Analogie hat noch eine Erklärung daraus verträgt, sondern auf selbständigem Fundamente ruht"; er spricht aber in der Begründung seiner Theorie bald von der Vertretung des Nachlasses, bald von der Ausführung des Willens eines Verstorbenen als den dem Wesen des Testamentsvollstreckers eigentümlichen Rechten und Pflichten[2]). Es ist somit nicht ersichtlich, was Sturm unter seiner „eigensten Aufstellung"[3]) versteht und verstanden wissen will, und bedarf u. E. keiner weiteren Begründung, daß diese „eigenste Aufstellung", die äußerlich den Anschein einer wirklich positiven Theorie hat, im Innern aber voller Widersprüche ist, für das Wesen der Testamentsvollstreckung nicht maßgebend sein kann.

b) Kombinierte positive Theorieen.

Gleich Sturms Theorie sind weiterhin die Theorieen auszuschalten, die Hellwig[4]), Maeder[5]), Marschner[6]), Seuffert[7]) und Weißler[8]) vertreten. Sie alle kombinieren eine positive Theorie mit der einen oder anderen Stellvertretungstheorie. Da diese jedoch, wie zuvor gezeigt worden ist, der Rechtsnatur des Testamentsvollstreckers nicht gerecht werden, kann eine nähere Betrachtung dieser kombinierten positiven Theorieen hier unterbleiben.

---

[1]) Sturm: a. a. O. S. 15.

[2]) Sturm: a. a. O. S. 59, 60, S. 15, 18 f., ebenso A. Sturm: Die Lehre von den Testamentsvollstreckern und der Entwurf des bürgerlichen Gesetzbuchs. Berlin 1896. S. 8.

[3]) Sturm: 1898 a. a. O. S. 19.

[4]) Hellwig: a. a. O. (Zivilprozeß) I. Band S. 301, daselbst auch Anm. 38, II. Band S. 306 Anm. 43.

[5]) Maeder: a. a. O. S. 27, 28, 29.

[6]) Marschner: a. a. O. S. 37 ff.

[7]) Seuffert: Kommentar zur Zivilprozeßordnung. 8. Aufl. 1902. Vorbemerk. 2 c vor § 50 und zu § 327; ebenso Cosack: a. a. O. S. 809 als Eventualtheorie.

[8]) Weißler: Das deutsche Nachlaßverfahren. 1900. S. 179, 180.

c) **Theorie Seckts, Schallers, Wolffs.** (Der Organbegriff.)

Die erste zweifellos positive Theorie findet sich bei Seckt[1]), Schaller[2]) und Wolff[3]). Sie greifen zur Erklärung der rechtlichen Natur des Testamentsvollstreckers nach dem BGB. auf den von Gierke[4]) geschaffenen Organbegriff zurück und bezeichnen den Testamentsvollstrecker als „Organ der rechtlich anerkannten Interessen des Verstorbenen". Sie weichen hierbei jedoch vollkommen von dem Sinne ab, den Gierke dem Organbegriff beigelegt hat.

Er kennt Organe im Rechtssinne nur bei der juristischen Person. Daher könnten Seckt, Schaller und Wolff den Testamentsvollstrecker im Sinne Gierkes nur dann als Organ ansehen, wenn sie die „rechtlich anerkannten Interessen des Erblassers" zur juristischen Person erhöben. Dies lehnen sie jedoch ausdrücklich ab[5]). Wenn sie nun aber doch, und zwar über Gierke hinaus, den Organbegriff auf den Testamentsvollstrecker anwenden, so spricht u. E. gegen eine derartige Erweiterung des Organbegriffes allein der Umstand, daß Organe höchstens haben kann, was lebt[6]), also neben der juristischen Person noch die physische Person. Diese hört aber mit dem Tode auf; der Erblasser lebt nicht mehr, er kann mithin auch keine Organe haben. Sonach ist, selbst wenn man den Organbegriff in einem weiteren Sinne als Gierke auffaßt, dieser Begriff hinsichtlich des Testamentsvollstreckers immer nur möglich, wenn man für seine Definition im Gegensatze zu Seckt, Schaller und Wolff die juristische Person verwertet[7]).

d) **Die Eigenrechtstheorie.**

Wie ist nun aber der Testamentsvollstrecker zu definieren? Fest steht, daß er im eigenen Namen, zu eigenem Recht, im fremden Interesse handelt, daß für seine Definition einzelne Theorieen, die nur dem äußeren Gewande nach positive Theorien sind oder eine solche sogar, allerdings nur zum Teil, enthalten, überhaupt nicht in Betracht kommen, daß

---

[1]) Seckt: a. a. O. S. 20, 28, 73 ff.

[2]) Schaller: Die Befugnis des Testamentsvollstreckers zur Führung von Prozessen um die Wirksamkeit des Testaments. Inaug.-Diss. Göttingen 1901. S. 7, 9.

[3]) Wolff: Die Befugnis des Testamentsvollstreckers zur Führung von Prozessen um die Wirksamkeit oder Unwirksamkeit des Testamentes. Inaug.-Diss. Göttingen 1902. S. 42.

[4]) Gierke: Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung. 1887. S. 614 ff.

[5]) Seckt: a. a. O. S. 24, 25.

[6]) Siegert: a. a. O. S. 27.

[7]) Ebenso Siegert: a. a. O. S. 27; Schultze: Treuhänder im geltenden bürgerlichen Recht in Iherings Jahrbüchern für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts. Band 43. 1901. S. 73.

der Organbegriff nicht zu verwerten ist. Auf Grund dieser feststehenden, auch hier erwiesenen Tatsache hat sich in neuerer Zeit in Theorie[1]) und Praxis[2]) eine Strömung geltend gemacht, die für die Definition des Testamentsvollstreckers einen bestimmten Begriff vollkommen beiseite läßt und zu ihrer Grundlage die Tatsache macht, daß der Testamentsvollstrecker nicht im Namen und Interesse einer bestimmten Person, sondern im eigenen Namen, zu eigenem Recht, im allgemein fremden Interesse handelt. Es ist dies die sog. Eigenrechtstheorie.

Auf sie ist bereits von Fischer[3]), sodann in den Verhandlungen des 21. deutschen Juristentages hingewiesen worden. Hartmann[4]) hat hier die Sätze aufgestellt:

„daß alle die Befugnisse, welche aus der Ermächtigung zum Testamentsvollstrecker entspringen und welche bis zu ausschließender Ergreifung der zum Nachlaß gehörenden Sachen, bis zu Veräußerungen und dergl. sich steigern, in ihrer Zusammenfassung als ein eigenes wirkliches subjektives Recht des Testamentsvollstreckers juristisch zu konstruieren sind, daß, um den Anforderungen des Rechtslebens völlig zu genügen, die Stellung des Testamentsvollstreckers frei und selbständig ausgebildet werden muß, aus dem inneren praktischen Zweck heraus mit einem eigenartigen, nur sich selbst gleichen erbrechtlichen Rechtsinhalt, daß der Vollstrecker gegebenenfalls über die kollidierenden Rechtsinteressen der Erben, Legatare usw. hinweg kraft eigenen Rechtes, zur getreuen Durchführung des letzten Willens, verfügen kann und über erbschaftliche Rechtsverhältnisse Prozesse zu führen hat, nicht im Namen sämtlicher Erben oder eines einzelnen Erben, natürlich noch weniger im Namen und als Vertreter des Verstorbenen, sondern im eigenen Namen und als Hauptpartei, im Dienst seines idealen Interesses und kraft der darauf beruhenden Rechtsmacht."

Diese Auffassung Hartmanns, die auf dem 21. deutschen Juristentage wenig Anklang fand, vielmehr in der Mehrheit

---

[1]) vgl. Literatur S. 11 Anm. 5.

[2]) Entscheidungen des Reichsgerichts in Band 32 S. 152 ff., insbesondere S. 153, des Kammergerichts in Jahrbüchern für Entscheidungen des Kammergerichts, Band 24 A. S. 106, insbesondere S. 108, 109 (Beschluß vom 10. März 1902), Band 25 A. S. 72 (Beschluß vom 1. Dezember 1902).

[3]) O. Fischer: Lehrbuch des preußischen Privatrechts. 1886. S. 676.

[4]) Hartmann: Verhandlungen des 21. deutschen Juristentages 1890 Band I. S. 17, 18, 19.

lebhaft angegriffen und bestritten wurde, zählt heute die zahlreichsten Anhänger für sich und wird als herrschend bezeichnet[5]). Ob mit Recht, soll in den folgenden Ausführungen nachgewiesen werden.

Gegen die Eigenrechtstheorie sind die verschiedensten Einwände erhoben, und zwar ist in erster Reihe gegen sie „die persönliche Prozeßkostenpflicht des Vollstreckers“ geltend gemacht worden. Handelte der Vollstrecker im eigenen Namen, zu eigenem Recht, wäre er also Partei, so würde er — so sagen die Gegner der Eigenrechtstheorie — die Kostenpflicht, die Vorschußpflicht gegen die Gerichtskasse, für seine eigene Person haben, auch würde er von der Rechtskraft und Vollstreckbarkeit persönlich getroffen werden[6]).

Da hiermit die Einwendungen gegen die Eigenrechtstheorie das Gebiet des Zivilprozesses berühren, insbesondere auf den Parteibegriff hinüberspielen, dessen ursprüngliche Auffassung zuerst Fischer[7]), und zwar bezüglich des Konkursverwalters, zu bekämpfen angeregt und auch selbst begonnen hat, ist es zunächst erforderlich, über diesen in der

---

[5]) Patzelt: Die rechtliche Stellung des Testamentsvollstreckers nach gemeinem Recht und nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche. Inaug.-Diss. Greifswald 1904. S. 39. Kiehl: Eintritt in den Prozeß in der Zeitschrift für deutschen Zivilprozeß. Band 30. 1902. S. 306, 309. Freudenheim: Die rechtliche Stellung des Testamentsvollstreckers nach gemeinem Rechte und dem Rechte des Bürgerl. Gesetzbuchs. Inaug.-Diss. Erlangen 1900. S. 24. Siegert: a. a. O. S. 20, 28. Henle in Fischer-Henle: a. a. O. Vorbemerkungen zu §§ 2197 ff. und § 2203 Anm. 1. Strohal: a. a. O. S. 295. Planck: Bürgerliches Gesetzbuch. V. Band (Erbrecht) 1. und 2. Auflage. 1902. S. 381. Marcus: Die Testamentsvollstreckung nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch im Sächsischen Archiv für Bürgerliches Recht und Prozeß. Band 8. 1898. S. 57. Schleifer: a. a. O. S. 53 ff., insbes. S. 58. Dernburg: Das bürgerliche Recht. II. Auflage 1905. Band 5 (Deutsches Erbrecht). S. 379 IV. Engelmann: Das Bürgerliche Recht Deutschlands. 4. Auflage 1906. S. 761 zu 2 und 763 zu 5, ähnlich Endemann: a. a. O. S. 221, 222. Sydow-Busch: Zivilprozeßordnung. 10. Auflage. 1905. § 327 Anm. 2. Bunsen: Die Parteien im Zivilprozesse in der Zeitschrift für Deutschen Zivilprozeß. Band 26. 1899. S. 266. Frommhold: Das Erbrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs. 1900. Anm. 1 zu § 2202.

[6]) Bereits Levy in den Verhandlungen des 21. deutschen Juristentages. 1892. Band III. S. 239, neuerdings Petersen-Anger: a. a. O. S. 125[8]) und 122, so auch Petersen: Ueber den Parteibegriff und die Parteifähigkeit in der Zeitschrift für deutschen Zivilprozeß. Band 18. 1893. S. 51, Staudinger (Erbrecht): a. a. O. S. 504 A. Andrée: Die rechtliche Natur der Testamentsvollstreckung. Inaug.-Diss. Freiburg i. B. 1900. S. 24, 25.

[7]) O. Fischer: Kommentar zum Zwangsversteigerungsgesetz von Krech und Fischer. I. Auflage 1883. S. 127.

Zivilprozeßordnung nicht definierten Begriff Klarheit zu schaffen, um weiterhin die Berechtigung oder Nichtberechtigung des vorerwähnten Bedenkens darzutun.

Petersen[8]) stellt folgenden Parteibegriff auf:

„Als Parteien sind diejenigen in einem Prozesse handelnd auftretenden Personen anzusehen, welche diesen Rechtsstreit in eigenem Namen und Interesse sowie auf eigene Gefahr führen. Dagegen kommt die Parteieigenschaft in keinem Falle solchen Personen zu, welche nicht in eigenem Namen handeln und nicht ihre eigenen, sondern lediglich die Interessen anderer Personen wahrnehmen. Insbesondere sind Parteien nicht die Verwalter von fremdem Vermögen, deren Verwaltungsbefugnis auf dem Gesetz oder auf einem obrigkeitlichen Auftrage beruht. Das zuverlässigste Kennzeichen der Parteieigenschaft ist der Umstand, daß die im Prozesse auftretende Person die Gerichtskosten aus der eigenen Tasche zu bezahlen bezw. vorzuschießen hat und im Falle des Unterliegens zu verurteilen ist, dem Gegner die ihm erwachsenen Prozeßkosten aus ihrem eigenen Vermögen zu ersetzen. Daneben kommt in Betracht, ob das ergehende Urteil in der Sache selbst für und gegen sie vollstreckt werden darf und sich die Wirkungen der Rechtskraft auf sie erstrecken."

Diese einfachen Merkmale, nach denen in jedem einzelnen Falle die Frage zu beurteilen ist, ob eine bestimmte Person als Partei oder als gesetzlicher Vertreter einer solchen anzusehen ist, treffen für den Testamentsvollstrecker nach Petersen[9]) nicht zu; auf ihn passen eben die gesetzlichen Vorschriften über die Partei nicht und es ist nicht gerechtfertigt, den Testamentsvollstrecker, der am Prozesse nicht beteiligt ist, als solche zu behandeln. Aber auch soweit nicht angenommen wird, der Testamentsvollstrecker sei gesetzlicher Vertreter, nämlich der Erben, kann er nach Petersen[10]) aus den oben festgelegten Gründen nicht als Partei im Sinne der Zivilprozeßordnung angesehen werden. Insbesondere hat er nicht aus seinem eigenen Vermögen die Gerichtskostenvorschüsse zu bestreiten und nicht aus eigenen Mitteln die Prozeßkosten zu tragen. Die Parteieigenschaft kann man daher, wie Petersen

---

[8]) Petersen: a. a. O. S. 17, 15, 39; ebenso Petersen-Anger: a. a. O. S. 120 flg. Vorbemerkungen zu § 50, insbesondere I. 2 und II. 8; ebenso Wach: Handbuch des deutschen Zivilprozeßrechts Band I des Handbuchs der deutschen Rechtswissenschaft von Binding 1885. S. 518 § 46 Anm. 2.

[9]) Petersen: a. a. O. S. 51.

[10]) Petersen-Anger: a. a. O. S. 125, 8.

sagt, dem Testamentsvollstrecker nur beilegen, wenn man von einem anderen als dem oben dargelegten Parteibegriffe ausgeht.

Ein solcher anderer Parteibegriff, jedoch ohne die von Petersen angedeuteten Folgerungen, findet sich bei Hellwig[11]). Ihm zufolge bedeutet „klagen können", „klägerische Partei sein können": ein eigenes Recht oder kraft eigenen Rechts ein fremdes Recht zur Feststellung und Verwirklichung bringen können, und die Fähigkeit, „verklagt werden zu können", bedeutet, daß Rechtsschutz gegenüber dem zu Beklagenden erteilt werden kann.

Diese Parteifähigkeit steht nach Hellwig[12]) neben den Einzel- und den juristischen Personen auch sog. selbständigen Sondervermögen zu, d. h. denjenigen Vermögensmassen, deren Verwaltung ihrem Subjekte entzogen und einem Verwalter übertragen ist[13]); dieser hat die Verwaltungshandlungen im Namen der Vermögensmasse vorzunehmen. Zu diesen selbständigen Sondervermögen rechnet Hellwig[14]) auch den unter der Verwaltung eines Testamentsvollstreckers stehenden Nachlaß.

Hellwig legt somit seinen gesamten Ausführungen zwar einen anderen Parteibegriff als Petersen zu Grunde, er teilt aber auf der anderen Seite dessen Standpunkt insofern, als er dem Testamentsvollstrecker Parteifähigkeit nicht beilegt. Allerdings erwägt Hellwig[15]) eine derartige Möglichkeit: wollte man den Testamentsvollstrecker als Partei ansehen, so müßte man ihm ein „Verwaltungsrecht" zusprechen. Dann hätte er kraft dieses Verwaltungsrechts die Befugnis, im eigenen Namen zu handeln, das fremde Recht im eigenen Namen außergerichtlich und gerichtlich geltend zu machen, dann wäre er Partei. Eine solche Konstruktion wäre hier ebenso wie bezüglich des Ehemannes (BGB. § 1380) möglich. Aber sie ist im Gesetz nicht enthalten; nirgends ist gesagt, daß der Testamentsvollstrecker die Verwaltungshandlungen im eigenen Namen vorzunehmen hat[16]).

---

[11]) Hellwig: Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts. I. Band. a. a. O. S. 152.

[12]) Hellwig: a. a. O. (Zivilprozeß I. Band) S. 292 ff.

[13]) Hellwig: a. a. O. (Zivilprozeß I. Band) S. 295.

[14]) Hellwig: a. a. O. (Zivilprozeß I. Band) S. 301.

[15]) Hellwig: a. a. O. (Zivilprozeß I. Band) S. 302, 41, ebenso Hellwig: Prozeßführungsrecht und bloße Prozeßführungsmacht im Recht. 6. Jahrgang 1902. S. 30. Anm. 12; Hellwig: a. a. O. (Anspruch und Klagrecht) S. 236.

[16]) Hellwig: a. a. O. (Zivilprozeß I. Band) S. 322, 323.

Der allgemeinen Auffassung Petersens über den Parteibegriff tritt auch Schott[17]) entgegen. Er weist Petersen gegenüber auf die Tatsache hin, daß es nicht nur Parteien gibt, die im eigenen Namen und für eigene Rechnung Prozeß führen, sondern auch solche, die dies zwar im eigenen Namen tun, aber nur für fremde Rechnung. Zu den Parteien letzterer Art gehören nach Schott all diejenigen, die schon deshalb selbst Partei sein müssen, weil es sonst an einem vertretenen Privatrechtssubjekt fehlt und es somit auf der einen Seite im Prozeß auch an einer wirklichen, namentlich zu bezeichnenden Partei fehlen würde, was mit dem Wesen des Rechtsstreits schlechthin unvereinbar wäre. Eine bestimmte vertretene Person, so führt Schott nicht nur im Gegensatz zu Petersen, sondern auch zu Hellwig weiter aus, ist bei der Testamentsvollstreckung nicht vorhanden. Vertreten wird hier lediglich eine Masse, der aber die Eigenschaft einer juristischen Person, eines Rechtssubjekts nicht beiwohnt.

Nach Schott[18]) ist somit der von Petersen aufgestellte Parteibegriff zu eng und der Testamentsvollstrecker Partei[19]).

Wenngleich Schott nicht eingehend ausführt, daß bei der Testamentsvollstreckung eine bestimmte vertretene Person nicht vorhanden ist, er vielmehr den Testamentsvollstrecker nach wenigen Worten der Begründung als einen durch Privatdisposition auf Grund des Gesetzes eingesetzten selbständigen Verfüger über fremde Rechte bezeichnet[20]), so kann ihm doch auf Grund der bisherigen Darlegungen voll und ganz beigestimmt werden. Denn diese haben ergeben, daß die Behauptungen Schotts zu Recht aufgestellt sind.

Der Testamentsvollstrecker ist also Partei![21]) Ist er nun aber Partei, und zwar Partei in dem

---

[17]) Schott: Das Armenrecht der deutschen Zivilprozeßordnung in Fischers Abhandlungen zum Privatrecht und Zivilprozeß des deutschen Reiches. 4. Band. 3. Heft. Jena 1900. S. 60 ff., ebenso Hellwig (Rechtskraft) § 4, Seckt: a. a. O. S. 75, Bunsen: a. a. O. S. 203, 204.

[18]) Schott: a. a. O. S. 62.

[19]) Schott: a. a. O. S. 65; ebenso Seckt: a. a. O. S. 75.

[20]) Schott: a. a. O. S. 65.

[21]) Gaupp-Stein: Die Zivilprozeßordnung für das deutsche Reich. 8. und 9. Auflage. I. Band 1906. Vorbemerkung Ic zu § 50. S. 134; Bunsen: a. a. O. S. 204, 209, 266; Siegert: a. a. O. S. 20; Endemann: a. a. O. S. 230 zu 4a; Seckt: a. a. O. S. 71 ff.; Strohal: a. a. O. S. 295; Henle in Fischer-Henle: a. a. O. Anm. 2 zu § 2212; Struckmann und Koch: Die Zivilprozeßordnung für das deutsche Reich. 8. Auflage 1901. I. Band. Anm. 3 zu § 52 S. 62.

Sinne, daß er in seiner Eigenschaft als Testamentsvollstrecker, d. h. für fremde Rechnung und Gefahr, im Prozesse auftritt, so ist ganz selbstverständlich, daß die rechtlichen Folgen des Prozesses, insbesondere die Kosten, Rechtskraft und Vollstreckbarkeit, nicht ihn persönlich treffen[22]). Für erstere haftet vielmehr der Nachlaß, sein Eigentümer, der Erbe, und auch Rechtskraft und Vollstreckbarkeit berühren nur den Nachlaß. Anders ist natürlich zu entscheiden, wenn der Testamentsvollstrecker Partei ist, weil er für sich selbst, für seine Privatperson einen Prozeß führt. Der Testamentsvollstrecker nimmt ja dann lediglich seine privaten Interessen wahr, er handelt dann in seinem eigenen privaten Namen, nicht als Testamentsvollstrecker, und demgemäß auch für eigene private Rechnung und Gefahr. In einem solchen Falle fallen selbstredend die Folgen des Prozesses dem Testamentsvollstrecker als Privatperson zu und hat er auch aus seinem eigenen privaten Vermögen die Kosten zu zahlen[23]). Es ist also stets zu scheiden, weil es rechtlich wesentlich und verschieden ist, ob die Person, die Testamentsvollstrecker ist, als solcher oder für ihre Person, als Privatperson auftritt[24]).

Nun wird allerdings, und zwar anscheinend mit Recht, von den Gegnern der Eigenrechtstheorie, insbesondere Arnold[25]), darauf hingewiesen, daß die Kosten eines Prozesses, den der Testamentsvollstrecker als solcher gegen die Erben führt, diesen unter allen Umständen, nämlich nicht nur im Falle ihres Unterliegens, sondern auch im Falle ihres Obsiegens zur Last fallen.

Bezüglich des letzteren Falles, also wenn der Erbe ein obsiegendes Urteil erwirkt, meint Arnold[26]), daß die Kosten zwar dem unterliegenden Testamentsvollstrecker überbürdet werden, dieser sie aber möglicherweise auf den Nachlaß überwälzen kann und daß dann der Erbe als Subjekt des Nachlasses, obwohl Sieger im Prozeß, dennoch die Kosten des Prozesses zu tragen hat. Vollkommen übereinstimmend mit

---

a. M. Weismann: Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechtes 1903. I. Band § 22 S. 74 und § 23 II 3 S. 76.

[22]) Schott: a. a. O. S. 62; Bunsen: a. a. O. S. 205, 267; Seckt: a. a. O. S. 74; Stegemann: Die Parteien im Prozesse in der Zeitschrift für deutschen Zivilprozeß Band 17. 1892. S. 374, 375; a. M. Marschner: a. a. O. S. 47 und 82.

[23]) Seckt: a. a. O. S. 73, 74. Gegen ihn Staudinger: a. a. O. (Erbrecht). S. 504 A.

[24]) So auch Wiebering: a. a. O. S. 36 § 14. Strohal: a. a. O. S. 295 Anm. 6a.

[25]) Arnold: a. a. O. S. 18, 19.

[26]) Arnold: a. a. O. S. 19.

Arnold läßt auch die Eigenrechtstheorie den Testamentsvollstrecker zur Tragung der Kosten des Rechtsstreits verurteilen, sie läßt aber für diese nicht, wie Arnold meint, nur dann den Nachlaß haften, wenn der Testamentsvollstrecker von der ihm nach Arnold gegebenen Möglichkeit, die Kosten auf den Nachlaß zu überwälzen, Gebrauch macht, sondern von vornherein für alle Fälle, also stets; denn der Testamentsvollstrecker ist, wie gezeigt, zwar Partei, aber Partei für fremde Rechnung. Insoweit also wendet sich Arnold zu Unrecht gegen die Eigenrechtstheorie.

Faßt man andererseits sein Bedenken nach der ganz allgemeinen Seite hin ins Auge, so bleibt diese „merkwürdige Situation"[27]) auch dann bestehen, wenn man mit Arnold in dem Testamentsvollstrecker „den Vertreter der Erben in Besehung des Nachlasses" erblickt. Denn daß im Falle des Unterliegens der Testamentsvollstrecker, also der Vertreter der Erben, die Prozeßkosten oder daß sie der Vertretene, der Erbe, mit seinem eigenen, bis zu dem Erbfall bereits erworbenen Vermögen bezahlen soll — diese unbilligen Verlangen stellt Arnold nicht auf und lassen auch seine gesamten Ausführungen nicht erkennen. Es bleibt somit auch für die von Arnold und anderen verteidigten Stellvertretungstheorieen nichts anderes übrig, als daß die Prozeßkosten aus dem Nachlaß gezahlt werden; dies allein will auch die Eigenrechtstheorie![28])

Sonach kann niemals[29]), selbst dann nicht, wenn der Testamentsvollstrecker gegen die Erben prozessiert, davon die Rede sein, daß derjenige, der sich bereit findet, den letzten Willen seines Freundes auszuführen und alle damit verbundenen Mühen, Sorgen und Verantwortungen zu tragen, doch noch nicht die Neigung und den Willen haben wird, eigene Verpflichtungen für den Nachlaß zu übernehmen. Eigene Verpflichtungen hat der Testamentsvollstrecker niemals, vielmehr ist „die Verurteilung des Verwalters als solchen stets nur der Befehl, aus der Vermögensmasse Befriedigung zu gewähren"[30]).

---

[27]) Arnold: a. a. O. S. 18.

[28]) Zu dem gleichen Ergebnisse gelangt Wiebering: a. a. O. S. 37. Bunsen: a. a. O. S. 267.

[29]) Diese Behauptung hat Levy auf dem 21. deutschen Juristentage aufgestellt — vgl. Verhandlungen des 21. deutschen Juristentages 1892. Band III. S. 239 — und teilt mit ihm Goldfeld: a. a. O. S. 88.

[30]) Hellwig: a. a. O. (Zivilprozeß I. Band) S. 312 Anm. 20.

Die Eigenrechtstheorie scheitert somit an den bisher erörterten Einwänden nicht.

Weitere Bedenken gegen die Eigenrechtstheorie, und zwar gegen die Parteistellung des Testamentsvollstreckers im Prozesse, wirft Cosack[31]) auf. Er weist darauf hin, daß, wenn mehrere Testamentsvollstrecker aufeinanderfolgen, die Anhänger der Eigenrechtstheorie den zweiten Testamentsvollstrecker als Rechtsnachfolger des ersten ansehen und demgemäß auf die von dem ersten Testamentsvollstrecker oder gegen ihn anhängig gewordenen Nachlaßprozesse die für den Fall eines Parteiwechsels geltenden Regeln (ZPO. §§ 239, 727 usw.) anwenden müssen.

Es ist Cosack ohne weiteres zuzugeben, daß die Anhänger der Eigenrechtstheorie den von ihm gefolgerten Schluß ziehen müssen. Denn der Testamentsvollstrecker ist nach ihrer Ansicht Partei; mithin ist, sobald an die Stelle des ersten, des ursprünglichen, Testamentsvollstreckers ein anderer Testamentsvollstrecker tritt, in jedem Falle Parteienwechsel, nicht, wie einzelne Schriftsteller[32]) meinen, ein bloßer Wechsel in der Person des Parteirollenträgers gegeben. Liegt nun aber durch den Wechsel der Person des Testamentsvollstreckers ein Wechsel der Partei vor, so müssen die für diesen geltenden Vorschriften, insbesondere die §§ 239 ff. und 727 ZPO., Anwendung finden und muß der zweite Testamentsvollstrecker Rechtsnachfolger des ersten sein. Beides ist in Wirklichkeit auch der Fall.

Der zweite Testamentsvollstrecker ist zunächst Rechtsnachfolger des ersten. Denn Rechtsnachfolger im Sinne der Zivilprozeßordnung ist „der jetzige Inhaber des Rechts, das vorher der Kläger oder der Beklagte inne hatte, ohne Rücksicht auf die Art der Veräußerung, durch die das Recht erlangt, ob es auf dem Wege der Ableitung von dem Rechte des Vorgängers oder in originärer Weise erworben ist“[33]).

Ob aber jemand „der jetzige Inhaber des Rechtes ist, das vorher ein anderer inne hatte“, richtet sich lediglich nach dem materiellen Recht. Nach diesem führen die übrigen Testamentsvollstrecker, also der zweite, das Amt fort, wenn einer von ihnen, d. i. der erste, wegfällt. Zu dem Amt gehört auch die Prozeßführung.

---

[31]) Cosack: a. a. O. S. 808.

[32]) Marschner: a. a. O. S. 45. Bunsen: a. a. O. S. 297. VIII. Hellwig (Anspruch und Klagrecht): a. a. O. S. 248 Anm. 18.

[33]) Sydow-Busch: a. a. O. § 265 Anm. 6, Entscheidung des Reichsgerichts. Band 40. S. 339 ff.

Der zweite Testamentsvollstrecker führt somit den Prozeß des ersten, mag er Kläger oder Beklagter gewesen sein, fort; er ist sein Rechtsnachfolger im Sinne der Zivilprozeßordnung und kann als solcher im Falle des Todes des ersten Testamentsvollstreckers als einer Partei das Verfahren gemäß § 239 Abs. 1 ZPO. aufnehmen; bis zu diesem Zeitpunkt tritt Unterbrechung des Verfahrens ein.

Hiermit ist aber nur einer der Fälle gegeben, durch die das Amt des Testamentsvollstreckers sein Ende erreicht, nämlich der Fall des § 2225 BGB., daß das Amt des ersten Testamentsvollstreckers durch seinen Tod erlischt. Für diesen Fall kommt die positive Vorschrift des § 239 ZPO., wie gezeigt, in Anwendung.

Das BGB. kennt nun aber noch zwei weitere Fälle der Beendigung des Amtes des Testamentsvollstreckers, nämlich den Fall der Kündigung des Testamentsvollstreckers gegenüber dem Nachlaßgericht (§ 2226 BGB.) sowie den Fall seiner Entlassung durch das Nachlaßgericht (§ 2227 BGB.). Tritt einer dieser beiden Fälle ein und erfolgt hierdurch ein Wechsel in der Person des Testamentsvollstreckers, so ist nach Schultze[1]) und Wiebering[2]) die Vorschrift des § 239 ZPO. analog anwendbar. Nach ihrer Ansicht[3]) ist sonach auch in diesen beiden Fällen das Verfahren unterbrochen. Diese Ansicht erscheint zutreffend; denn die Unterbrechung des Verfahrens tritt im Gegensatz zur Aussetzung des Verfahrens mit dem Ereignisse von selbst ein[4]), d. h. das Gesetz knüpft an dieses ohne weiteres, also auch an den Wegfall des ersten Testamentsvollstreckers und die Nachfolge des zweiten, ohne diesen Fall ausdrücklich zu erwähnen, die Tatsache und die Folgen der Unterbrechung. Daher könnte z. B., falls von der Beendigung des Amtes des ersten Testamentsvollstreckers Nachricht zu den Akten gegeben ist, ein von dem Gegner beantragtes Versäumnisurteil nicht erlassen werden.

Für den von Cosack weiterhin angeführten § 727 ZPO. ist der Grund der Beendigung des Amtes des Testamentsvollstreckers gleichgiltig. Denn diese Gesetzesvorschrift setzt nur voraus, daß der zweite Testamentsvollstrecker Rechtsnachfolger des ersten ist. Da dies, wie zuvor gezeigt worden ist,

---

[1]) Schultze: a. a. O. S. 88.
[2]) Wiebering: a. a. O. S. 38. Anm. 5.
[3]) Im Ergebnisse ebenso, und zwar bezüglich des Wegfalls des Testamentsvollstreckers und Eintritts der Erben; Siegert: a. a. O. S. 86 ff., insbesondere S. 91, und Hellwig (Rechtskraft): a. a. O. S. 413.
[4]) Sydow-Busch: a. a. O. Vorbemerkg. zu § 238 ZPO.

der Fall ist, steht der Anwendbarkeit des § 727 ZPO. nichts im Wege.

Nach Arnold[5]) ist noch aus einem weiteren Grunde „zur Annahme der Parteienqualität des Testamentsvollstreckers im Gesetz kein Raum. Im Gegenteil; wäre er Partei, so müßte er doch auch in Passivprozessen der ausschließlich Legitimierte sein. Das ist aber nicht der Fall. Ein Pflichtteilsanspruch kann sogar nur gegen den Erben geltend gemacht werden: § 2213 Abs. 1 S. 3."

Dieses Bedenken muß unzweifelhaft daran scheitern, daß durch diese Gesetzesvorschrift das Eigenrecht des Testamentsvollstreckers in keiner Weise beeinträchtigt wird[6]). Denn wenngleich das Gesetz die Bestimmung des § 2213 Abs. 1 getroffen hat, so hat es doch damit noch nicht ausgesprochen, daß aus einem derartigen gegen den Erben erwirkten vollstreckbaren Titel die Zwangsvollstreckung in den Nachlaß betrieben werden kann. Es findet sich vielmehr in § 748 Abs. 3 ZPO. die ausdrückliche Vorschrift, daß zur Zwangsvollstreckung wegen eines Pflichtteilsanspruchs ein gegen den Erben und gegen den Testamentsvollstrecker ergangenes Urteil erforderlich ist. Es muß demnach, um vollstrecken zu können, auch gegen den Vollstrecker geklagt werden. Dieser Bestimmung trägt auch das BGB. Rechnung, indem es in Abs. 3 des § 2213 den Satz aufstellt, daß ein Nachlaßgläubiger, der seinen Anspruch gegen den Erben geltend macht, den Anspruch auch gegen den Testamentsvollstrecker dahin geltend machen kann, daß dieser die Zwangsvollstreckung in die seiner Verwaltung unterliegenden Nachlaßgegenstände dulde[7]). Durch die Bestimmung des § 748 Abs. 3 ZPO. ist diese Kannvorschrift des § 2213 Abs. 3 BGB. hinsichtlich der Zwangsvollstreckung wegen eines Pflichtteilsanspruches zur Mußvorschrift geworden. Denn nach § 1967 Abs. 2 BGB. gehören auch die Verbindlichkeiten aus Pflichtteilsrechten zu den Nachlaßverbindlichkeiten.

Einige weitere Einwendungen gegen die Eigenrechtstheorie finden sich noch auf dem Gebiete des materiellen Rech-

---

[5]) Arnold: a. a. O. S. 18.

[6]) Henle in Fischer-Henle: a. a. O. § 2213 Anm. 7; Wiebering: a. a. O. S. 38; Wolff: a. a. O. S. 48 Anm. 2; Sydow-Busch: a. a. O. § 748 Anm. 3; Patzelt: a. a. O. S. 42, 43.

[7]) Schaller: a. a. O. S. 33; Schleifer: a. a. O. S. 55; Endemann: a. a. O. S. 234 d; Planck: a. a. O. (V. Band) Erl. 2 zu § 2213 S. 412, 413. a. M. Marcus: a. a. O. S. 75.

tes. So nimmt Hellwig[8]) an „der Gläubigerschaft des Vollstreckers bezüglich der zugesprochenen Leistung“ Anstoß und wirft Goldfeld[9]) zum Beweise dafür, wie undenkbar die Auffassung ist, daß der Testamentsvollstrecker eigene Rechte in eigenem Namen geltend mache, die Frage auf: Wenn der Testamentsvollstrecker innerhalb seiner Befugnisse eine Zahlung leistet oder empfängt, sich Mobilien tradieren läßt, einen Vertrag abschließt — ist dann er derjenige, welcher liberiert wird, welchem er das Eigentum an den Geldstücken oder Mobilien erwirbt, auf welchen die Rechte und Pflichten aus dem Vertrage übergehen? Sollte das der Fall sein, so müßte man den Testamentsvollstrecker einfach als Eigentümer des Nachlasses ansehen!

Beiden Einwänden kann Schultzes[10]) Beispiel vom Nießbraucher einer Erbschaft entgegengehalten werden, wenngleich Schultze selbst sich mit diesem nur gegen Hellwig wendet.

Nach Schultzes Auffassung ist nämlich der Testamentsvollstrecker nicht „der Gläubiger der von ihm siegreich eingeklagten, zum Nachlaß gehörigen Forderung“. Er steht vielmehr, so führt Schultze aus, etwa dem Nießbraucher einer Erbschaft gleich, der nach §§ 1089, 1085, 1068 ff., 1074, 1075 BGB. berechtigt ist, die zur Erbschaft gehörige Forderung im eigenen Namen einzuziehen und dem Erben, „dem Gläubiger“, an dem von Schuldner geleisteten Gegenstand Eigentum, sich selbst den Nießbrauch zu verschaffen. Der Unterschied ist nur, daß der Nießbraucher das alles im eigenen Interesse vermag, der Testamentsvollstrecker dagegen in fremdem Interesse, zum Zweck der Verwirklichung der letztwilligen Verfügungen des Erblassers.

Diese Widerlegung Schultzes nennt Arnold[11]) eine contradictio in adjecto mit der Begründung, eine Forderung könne doch nur der Gläubiger siegreich geltend machen, einem anderen fehle ja die Sachlegitimation; es sei unverständlich, wie man „nicht Gläubiger einer siegreich eingeklagten Forderung“ ist.

Wenngleich diese „contradictio in adjecto“ bereits durch Schultzes Beispiel vom Nießbraucher einer Erbschaft widerlegt ist, so sei Arnold gegenüber nochmals betont, daß Schultzes Ausführungen auch ganz allgemein bei einem Nieß-

---

[8]) Hellwig: a. a. O. (Anspruch und Klagerecht) S. 236 Anm. 3.

[9]) Goldfeld: a. a. O. S. 90.

[10]) Schultze: a. a. O. S. 85.

[11]) Arnold: a. a. O. S. 23, 24.

braucher zutreffen, was Schultze durch Verweisung auf die §§ 1074, 1075 BGB. angedeutet hat.

Nach § 1074 BGB. ist nämlich der Nießbraucher zur Einziehung einer Forderung berechtigt und nach § 1075 BGB. erwirbt mit der Leistung des Schuldners an den Nießbraucher der Gläubiger den geleisteten Gegenstand und der Nießbraucher den Nießbrauch an dem Gegenstande. Es stehen sonach „der Nießbraucher einer Forderung" und „der Gläubiger" einander gegenüber und ist der Nießbraucher nicht „der Gläubiger der von ihm siegreich eingezogenen Forderung".

Hellwigs, Goldfelds und Arnolds Bedenken müssen somit schwinden. Mit ihnen schließt die Reihe aller Einwendungen, die, soviel ersichtlich, in der Literatur gegen die Eigenrechtstheorie geltend gemacht worden sind. Die Eigenrechtstheorie steht unerschüttert da; sie ist bisher die einzige nicht widerlegte Theorie. Ob sie aber als diejenige bezeichnet werden kann, die dem Wesen der heutigen Testamentsvollstreckung einzig und allein gerecht wird, muß vorläufig noch dahingestellt bleiben.

e) **Schultzes Theorie.**

Es findet sich nämlich in der Literatur für die rechtliche Natur des Testamentsvollstreckers nach dem BGB. noch eine weitere Theorie, allerdings eine Modifikation der soeben behandelten Eigenrechtstheorie.

Sie ist von Schultze in seinem Werke „Treuhänder im geltenden bürgerlichen Recht" aufgestellt und eingehend begründet worden. Schultze[1]) führt etwa folgendes aus:

> Wer Rechte als Eigenrechte empfangen hat mit der Bestimmung, sie nicht im eigenen Interesse zu gebrauchen, ist ein Treuhänder.

Dreierlei kennzeichnet die Rechtsmacht des Treuhänders:

1) Er hat eigene, ihm im eigenen Namen zustehende Rechte.
2) Er hat diese Rechte nicht im eigenen Interesse.
3) Er hat die fraglichen Rechte, sei es durch privates Rechtsgeschäft, sei es durch obrigkeitlichen Akt, sei es unmittelbar durch das Gesetz, empfangen mit der Bestimmung des Nichtgebrauchs im eigenen Interesse.

Nach der Verschiedenheit der Art[2]), wie diese Rechts-

---

[1]) Schultze: a. a. O. S. 1, 2.
[2]) Schultze: a. a. O. S. 31, 3.

macht des Treuhänders, der eine Rechtspflicht zu entsprechen pflegt, eingeschränkt ist, lassen sich drei Grupen bilden[3]):

I. Treuhänderschaft mit auflösend bedingtem, befristetem Vollrecht (Eigentum),

II. Treuhänderschaft mit begrenztem Recht an fremdem Gegenstand,

III. Treuhänderschaft mit bloß obligatorischer Berechtigung begrenzten Inhalts.

Einen Hauptfall[4]), an dem sich der deutsche Treuhänderbegriff besonders klar entwickelt hat, bietet der Testamentsvollstrecker. Die ihm verliehene Rechtsmacht entspricht der Gruppe zu II. Nach § 2211 BGB. wird nämlich das Eigentum des Erben am Nachlaß durch das Bestehen der Testamentsvollstreckung dinglich beschränkt.

Dieser dinglichen Beschränkung entspricht auf der Seite des Vollstreckers ein begrenztes dingliches Recht am Nachlaß.[5])

Es ist erstens ein dingliches Recht[6]); denn es erfüllt alle Erfordernisse eines solchen: unmittelbare Herrschaft — Besitz, Verwaltung, Verfügung (§ 2205 BGB.) — und absolute Wirkung. Es wirkt gegen jeden in der Reihe der sich etwa infolge von Ausschlagung, Testamentsanfechtung, Erbunwürdigerklärung usw. ablösenden Erben.[7]) Es wirkt gegen alle dritten Besitzer einzelner Nachlaßsachen in Gestalt eines dinglichen Herausgabeanspruches.

Es ist zweitens ein Recht am Nachlaß als an einem Vermögensinbegriff, eines im Eigentum des Erben stehenden, aber durch besondere rechtliche Behandlung von seinem übrigen Vermögen getrennten Sondervermögen, einer mit Passivis, den Nachlaßschulden, belasteten Aktivmasse.

Es ist schließlich ein begrenztes dingliches Recht am Nachlaß, und zwar eins von besonderer Art.[8]) Die Möglichkeit eines solchen, eines eigengearteten, nicht unter die Kategorieen des 3. Buches des BGB. fallenden begrenzten dinglichen Rechts (an fremder Sache) ist wichtig für die Fälle[9]), wo der Treuhänder das

---

[3]) Schultze: a. a. O. S. 11, 12 ff.; zusammenfassend S. 32.
[4]) Schultze: a. a. O. S. 64 § 9.
[5]) Schultze: a. a. O. S. 66, 73.
[6]) Schultze: a. a. O. S. 74 a).
[7]) Schultze: a. a. O. 74.
[8]) Schultze: a. a. O. S. 76 c).
[9]) Schultze: a. a. O. S. 19 ff., insbesondere S. 25 ff.

Eigentum am Treuhandgut nicht haben kann, weil es ein anderer hat, wo er andererseits seine Treuhänderqualität, seine Stellung als Eigenberechtigter nur retten kann, wenn jene Möglichkeit vorliegt. Und sie liegt in der Tat vor!

Denn wenngleich das BGB. nach seinem im 3. Buche befolgten System auf dem römischen Standpunkt des numerus clausus zu stehen und nur diejenigen Rechte als „Rechte an Sachen" anzuerkennen scheint, welche es als solche ausdrücklich unter Gebrauch bestimmter Worte, namentlich des Ausdrucks „belasten", bezeichnet, welche es als solche „aufzählt"[10]), so trifft in Wirklichkeit, wenn man nicht System und Fassung, sondern den materiellen Inhalt des BGB. ansieht, der numerus clausus nicht zu. Man findet nämlich noch besondere begrenzte dingliche Rechte außerhalb der in den Abschnittsüberschriften des 3. Buches des BGB. bezeichneten nicht bloß in den dem Landesrecht vorbehaltenen Materien (vergl. z. B. Art 59, 63, 67, 68 EG. z. BGB.), sondern auch im BGB. selbst. Nicht anzuzweifelnde Beispiele dafür bieten das Verwaltungs- und Nutznießungsrecht des Ehemannes am eingebrachten Gute der Frau (§§ 1363, 1373 BGB.), das Nutznießungsrecht des Inhabers der elterlichen Gewalt am unfreien Kindesvermögen (§§ 1649, 1686 BGB.), das Recht des Nacherben am Nachlaß vor dem Eintritt der Nacherbfolge. Sie alle sind „eigene", „absolute", gegen Dritte wirksame Rechte.

Kann daher auch nicht Parteibelieben im Einzelfall ein neues, bisher nicht gekanntes, begrenztes dingliches Recht schaffen, so besteht doch die Möglichkeit, daß in unseren geltenden Rechtssätzen außer den im 3. Buche des BGB. „aufgezählten" noch eine ganze Anzahl solcher Rechte ein inoffizielles Dasein führen. Und es würde mithin auch kein Bedenken haben, in unserer Privatrechtsordnung Treuhänderberechtigungen festzustellen, die nach ihrem Inhalt sich nicht anders denn als besonders geartete begrenzte dingliche Rechte qualifizieren könnten.

Eine Bedrohung der Verkehrssicherheit ist bei der Testamentsvollstreckung durch das Eingreifen der allgemeinen Vorschriften über den gutgläubigen Erwerb vom Nichtberechtigten verhindert, obendrein bei dem weiten Rahmen des Verfügungsrechts des Vollstreckers — es sind davon nur die nicht durch sittliche Pflicht oder Anstand gebotenen unentgeltlichen

---

[10]) Vgl. die Literatur bei Schultze: a. a. O. S. 25 Anm. 8.
[11]) Schultze: a. a. O. S. 76.

Verfügungen ausgenommen (§ 2205 Satz 2 BGB.) — überhaupt kaum in Frage.

Der Inhalt des Rechts ist freilich ein sehr ausgedehnter. Deswegen soll man aber, zumal die Auffassung der Rechtsmacht des Vollstreckers als eines begrenzten dinglichen Rechts am Nachlaß die historisch allein begründete ist, nicht Anstoß nehmen, es als dingliches Recht an fremder Sache aufzufassen. Aehnlich weit reichende, bis zur Eigentumsähnlichkeit gesteigerte Rechte fehlen weder im älteren noch im modernen Recht, weder außerhalb noch innerhalb des BGB. Es ist nur an das Recht des Vasallen am Lehen, das Erbzinsrecht des Bauers, die Bergwerksberechtigung, das Erbbaurecht zu erinnern.

Nachdem Schultze[12]) noch den Nachweis erbracht hat, daß auch der geschichtlichen Entwickelung nach die von ihm dargelegte Auffassung der rechtlichen Natur des Testamentsvollstreckers die allein richtige ist, faßt er seine Ausführungen folgendermaßen zusammen:

> „Der Testamentsvollstrecker hat ein besonders geartetes begrenztes dingliches Recht am Nachlaß. Er hat es als Eigenrecht im nicht eigenen Interesse. Er ist Treuhänder, und zwar im deutschrechtlichen Sinne.[13])

Ein Rückblick auf diese die vorliegende Abhandlung betreffenden Darlegungen Schultzes läßt deutlich erkennen, daß er vollkommen auf dem Boden der Eigenrechtstheorie steht, diese nur dahin erweitert, daß er das Eigenrecht des Vollstreckers seinem Wesen und Begriffe nach näher charakterisiert und definiert. Daher kann hier, soweit gegen Schultzes Theorie Bedenken entstanden sind, wie sie gegen die nackte Eigenrechtstheorie erhoben worden sind, auf das über diese kurz zuvor Gesagte verwiesen werden. Hier sollen nur noch die Zweifel berücksichtigt werden, die speziell gegen Schultzes Zusatz zu der nackten Eigenrechtstheorie, also gegen das seinem inneren Gehalt nach näher bestimmte Eigenrecht des Testamentsvollstreckers, aufgetaucht sind.

Soviel ersichtlich, ist Schultzes Theorie nur insofern vollommen unbestritten, als sie das Eigenrecht des Testamentsvollstreckers als ein Recht am Nachlaß bezeichnet. Alle übrigen Momente dieses Eigenrechts, das Moment der Dinglichkeit, und zwar der begrenzten Dinglich-

---

[12]) Schultze: a. a. O. S. 77 ff.
[13]) Schultze: a. a. O. S. 81.

keit, sind hingegen in Frage gestellt[14]). Soweit Schultze selbst in der Begründung seiner Theorie den diesbezüglichen Zweifeln zuvorgekommen bezw. entgegengetreten ist, wird auf seine oben wiedergegebenen Ausführungen zurückgegriffen werden.

In diesen findet sich zunächst die Hauptfrage der Schultzeschen Theorie, die dieser zu Grunde liegende prinzipielle Frage, ob im BGB. für ein in ihm nicht genanntes dingliches Recht Raum gegeben, „ob der numerus clausus der Sachenrechte im BGB. zu bejahen oder zu verneinen ist“[15]), geregelt — eine Frage, die Arnold zwar nicht ausdrücklich aufgeworfen, aber doch angedeutet hat.

Wie bereits oben gezeigt worden ist, verneint Schultze den numerus clausus. Den gleichen Standpunkt behauptet Dernburg[16]); er meint, daß an der Absicht des ersten Entwurfs, die Rechte an Sachen sollten eine geschlossene Zahl bilden, dadurch nicht festgehalten worden ist, daß auf Grund der Bewilligung des Grundeigentümers wie einer einstweiligen gerichtlichen Verfügung Ansprüche auf Einräumung von Rechten an Grundstücken durch Vormerkung dingliche Kraft, daß auch Rechte anderer Art, insbesondere das Recht, auf Wiederverkauf eines Grundstücks durch Eintragung einer Vormerkung die Eigenschaft dinglicher Rechte an Sachen erhalten können. Gerade die Vormerkung als Beweis für die Richtigkeit der Verneinung des numerus clausus heranzuziehen, dürfte verfehlt sein; denn die Rechtsnatur der Vormerkung ist trotz unzähliger Versuche heute noch vielumstritten. Es kann hier nicht auf alle Streitpunkte, nicht auf jede einzelne Theorie eingegangen werden, doch soviel sei als richtig festgestellt, daß die Vormerkung zwar ein Mittel bietet, obligatorischen Ansprüchen auf Einräumung von Rechten an Grundstücken absolute Kraft zu verleihen, daß der durch die Vormerkung gesicherte Anspruch zwar wie ein schon bestehendes dingliches Recht wirkt, dadurch aber die Vormerkung selbst noch kein dingliches Recht ist[17]). Die Eintragung der Vormerkung hat lediglich rechtssichernde, aber nicht rechtsbegründende Be-

---

[14]) Strohal: a. a. O. S. 295 Anm. 8, 296. Gegen ihn wendet sich Wiebering: a. a. O. S. 34 ff.

[15]) Arnold: a. a. O. S. 23.

[16]) Dernburg: Das bürgerliche Recht (Sachenrecht). 3. Band. 3. Auflage 1904. S. 194, 195 und 482, 483; auch Wiebering: a. a O. S. 31.

[17]) Engelmann: a. a. O. S. 494, 495. Planck: Bürgerliches Gesetzbuch. III. Band (Sachenrecht). 3. Auflage 1906. S. 115.

deutung, und Rechte, die durch Vormerkung dinglich gesichert sind, sind damit an sich noch nicht Rechte an dem Grundstück[18]). Vielmehr ist dies erst durch Gesetz für ganz bestimmte Fälle festgelegt worden, insbesondere in § 24 KO. und § 48 ZVG. Dieser Bestimmungen hätte es nicht bedurft, wäre die Vormerkung eo ipso ein dingliches Recht an dem Grundstück.

Im Gegensatz zu Schultze und Derburg kommen wir also zu dem Ergebnis, daß das BGB. zum römischen Recht, d. h. zur Anerkennung einer geschlossenen Zahl dinglicher Rechte, zurückgekehrt ist, daß es nur ganz bestimmte begrenzte dingliche Rechte an beweglichen Sachen sowie an Grundstücken kennt[19]).

In diesen geschlossenen Kreis von Rechten ist das Recht des Testamentsvollstreckers am Nachlaß vom BGB. nicht aufgenommen worden; es muß daher aus diesem Grunde Schultzes Theorie fallen[20]). Ist diese aber schon hiermit widerlegt, so ist es überflüssig, auf alle übrigen Bedenken gegen Schultzes Auffassung vom Eigenrecht des Testamentsvollstreckers noch einzugehen. Doch erwähnt sei, daß Schultzes Theorie u. E. nur aus dem eben dargetanen Grunde zu Falle kommen muß, nicht etwa aus Gründen, die insbesondere Strohal[21]) gegen sie geltend macht. Im Gegenteil — wir halten diese für vollkommen unbegründet; insbesondere ist Strohals Behauptung, „dingliche Rechte im technischen Sinne sind nur an Sachen möglich, zum Nachlaß gehören aber nicht nur Sachen, sondern auch andere Gegenstände, und gehören im konkreten Falle Sachen möglicherweise überhaupt nicht"[22]), u. E. irrig. Denn das BGB. kennt z. B. nicht nur den Nießbrauch an Sachen, sondern behandelt in besonderen Abschnitten den Nießbrauch an Rechten (§§ 1068 ff. BGB.) sowie den Nießbrauch an einem Vermögen (§§ 1085 ff. BGB.), es kennt also den Nießbrauch an Sachen sowie den Nießbrauch an Rechten und an einem Vermögen als dingliche Rechte an diesen. Sonach sind dingliche Rechte nicht nur an Sachen möglich.

---

[18]) Fischer in Fischer-Henle: a. a. O. § 883 Anm. 8.

[19]) Engelmann: a. a. O. S. 486; ebenso Fischer in Fischer-Henle: a. a. O. S. 445; Cosack: a. a. O. S. 4. IV. Staudinger: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. III. Band (Sachenrecht). 3. und 4. Auflage 1907. S. 3 ff. Endemann: a. a. O. II. Band (Sachenrecht. — Familienrecht). S. 44 b. Planck: a. a. O. (III. Band) S. 7. 2a.

[20]) Zugleich auch Wieberings Theorie, der sich a. a. O. S. 39 § 14 Schultze anschließt.

[21]) Strohal: a. a. O. S. 295 Anm. 8, S. 296.

[22]) Ebenso Wiebering: a. a. O. S. 30.

Doch folgt man Strohals weiteren Ausführungen und nimmt man mit ihm an, daß zum Nachlaß im konkreten Falle Sachen möglicherweise überhaupt nicht gehören, so müssen doch wenigstens Rechte zu ihm gehören. Denn der Nachlaß ist, auch nach Schultze[23]), ein Vermögensbegriff, also ein Inbegriff von Sachen und Rechten. Mithin ist, selbst wenn Sachen überhaupt nicht zum Nachlasse gehören, doch immerhin ein dingliches Recht des Testamentsvollstreckers am Nachlaß denkbar, denn zu ihm gehören ja auch noch Rechte, und dingliche Rechte sind, wie bewiesen, nicht nur an Sachen, sondern auch an Rechten möglich. Sollten aber auch diese dem Nachlaß fehlen, so ist eben der Nachlaß kein Nachlaß und kann man auch von einem solchen nicht reden.

Doch gleichviel, an welchen Grund man sich anklammert, — die Theorie Schultzes ist für die Definition des Testamentsvollstreckers nicht verwertbar. Für diese bleibt einzig und allein die nackte Eigenrechtstheorie bestehen. Der Testamentsvollstrecker übt sonach alle seine Befugnisse in eigenem Namen, zu eigenem Recht, in fremdem Interesse aus. Als ein solches Eigenrecht stellt sich auch die Verfügungsmacht des Testamentsvollstreckers dar.

Daß nun aber das eigenartige Recht des Testamentsvollstreckers, über fremdes Vermögen zu verfügen, Aufschluß gibt über den Inhalt und die Grenzen der Befugnisse des Testamentsvollstreckers[24]), wird hinsichtlich seiner Verfügungsmacht weiter unten bei der Besprechung ihrer Einzelheiten darzulegen sein. Doch wird hierbei ein Zurückgreifen auf die soeben besprochene rechtliche Natur des Testamentsvollstreckers nicht notwendig, ja sogar überflüssig sein, weil eben seine Verfügungsmacht wie jede andere Befugnis eine eigene, selbständige Macht ist.

Bevor wir jedoch auf diese im einzelnen näher eingehen, wollen wir noch kurz bei ihrer Geschichte verweilen, d. h. wir wollen zusehen, wie es um die Verfügungsmacht des Testamentsvollstreckers in den früheren Rechtsepochen bestellt war.

---

[23]) Schultze: a. a. O. S. 74b; ebenso Wiebering: a. a. O. S. 23 § 10 und S. 30; Marschner: a. a. O. S. 34 § 8.

[24]) Lissauer: a. a. O. S. 30 bestreitet dies.

§ 3.

Die Verfügungsmacht des Testaments-Vollstreckers der geschichtlichen Entwickelung nach.

1. Im römischen Recht.

Das römische Recht kennt nach der herrschenden Meinung das Institut der Testamentsvollstreckung im heutigen Sinne nicht; es enthält nur einige Anklänge an dieses[1]). Einige Stellen im corpus iuris civilis sprechen von einzelnen Tätigkeiten, die heute häufig dem Testamentsvollstrecker zufallen. So wird in l. 88 § 1 D. de legatis II. die Besorgung des Leichenbegängnisses, in l. 8 D. de alim. leg. 34,1 und l. 78 § 1 D. ad S. C. Trebellianum 36,1 die Verteilung von Vermächtnissen, in l. 12 § 17 und l. 13 D. mandati 17,1 die Errichtung eines Denkmals für den Erblasser und der Verkauf eines Grundstücks für die Erben einer ganz unbeteiligten Person, d. h. einer anderen Person als dem Erben, zur Ausführung nach dem Tode des Erblassers übertragen.

Wie die gedrängte Aufzählung sowie die kurze Bezeichnung des wesentlichsten Inhalts dieser Stellen andeuten, spricht jede Stelle von einem anderen Rechtsgeschäft, jede Stelle für sich von einem einzelnen ganz bestimmten Geschäfte. Die Ausführung eines solchen Rechtsgeschäftes ist einer dritten Person übertragen. Diese ist an dieses einzelne Geschäft gebunden[2]), lediglich hierauf beschränkt und erlangt durch das ihr zustehende Recht der Ausführung dieses einen ganz bestimmten Rechtsgeschäftes keine weiteren Befugnisse. Auch wird durch diese oder jene Befugnis dieser dritten Person die Machtvollkommenheit der Erben in keiner Weise beein-

---

[1]) Wolff: a. a. O. S. 12, 13; Siegert: a. a. O. S. 4; Seckt: a. a. O. S. 11, 12; Brettner: a. a. O. S. 213; Dernburg: a. a. O. (Band V) S. 375 Anm. 3; Andrée: a. a. O. S. 6 § 2; Patzelt: a. a. O. S. 10; Rosenthal: Die rechtliche Natur der Testamentsexekution. Inaug.-Diss. Breslau 1883. S. 1; Stobbe: Handbuch des Deutschen Privatrechts. 5. Band. 1. und 2. Auflage. Berlin 1885. S. 260 § 308. Koch: Das Preußische Erbrecht. Berlin 1866. S. 330 § 32; Förster: Theorie und Praxis des heutigen gemeinen preußischen Privatrechts. 4. Band. 3. Auflage. Berlin 1874. S. 169; Arnold: a. a. O. S. 6 ff.; J. Scholz der Dritte: Ueber Testaments-Vollzieher, besonders in Anwendung auf das Geschäftsleben. Altenburg 1841. § 2 S. 6; Dernburg: Pandekten. 5. Auflage 1897. III. Band § 124 S. 255.

[2]) J. Scholz: a. a. O. § 2 S. 6.

trächtigt[3]), vielmehr ist und bleibt dessenungeachtet der Erbe des römischen Rechts gemäß dem Satze, daß er die Person des Verstorbenen in jeder Beziehung unmittelbar fortsetzt, der Repräsentant des Erblassers[4]). Wenngleich somit die Römer einzelne bestimmte Fälle kannten, die insbesondere hinsichtlich der Verfügungsmacht ihrem Inhalte, ja sogar dem Zwecke nach der Testamentsvollstreckung gleichkommen, so lassen sie doch nicht auf eine allgemeine, durchgebildete Verfügungsmacht schließen[5]), vielmehr weichen sie von der des heutigen Testamentsvollstreckers in ihrem Wesen und Grundideen bedeutend ab.

Das gleiche Verhältnis zu der Testamentsvollstreckung weisen einige weitere Anklänge des römischen Rechts auf. Einige Rechtsgebilde[6]), insbesondere der familiae emptor und der universalfiduciar, die gleich den angeführten Stellen des corpus juris lange Zeit hindurch für einige Schriftsteller, insbesondere Goldfeld[7]), die Veranlassung waren, den Ursprung der Testamentsvollstreckung im römischen Rechte zu erblicken[8]), werden heute mit Recht als „entfernte Berührungspunkte"[9]), „als verkrüppelte Einrichtungen des römischen Rechts"[10]) bezeichnet. Denn auch hier, auch der familiae emptor und der universalfiduciar sind dritte Personen, denen nur die Ausführung eines einzelnen bestimmten Rechtsgeschäftes, nicht aber die Vollstreckung des gesamten letzten Willens des Erblassers anvertraut ist[11]). Somit beweisen auch diese Rechtsgebilde nur, daß die Römer rechtliche Möglichkeiten kannten[12]), einen ähnlichen Zweck und Erfolg wie die heutige Testamentsvollstreckung herbeizuführen; sie können

---

[3]) Andrée: a. a. O. S. 7.

[4]) Roßhirt: Zeitschrift für Zivil- und Kriminalrecht. I. Band. Heidelberg 1833. S. 218; J. Scholz: a. a. O. § 2 S. 6.

[5]) Lissauer: a. a. O. S. 6. Roßhirt: a. a. O. S. 218. J. Scholz: a. a. O. § 2 S. 6. Dernburg: a. a. O. (Pandekten) S. 255 Anm. 2.

[6]) vgl. Schultze: Die langobardische Treuhand und ihre Umbildung zur Testamentsvollstreckung. Heft 49 der Untersuchungen Gierkes zur Deutschen Staats- und Rechtsgeschichte. 1895. S. 167 ff.

[7]) Goldfeld: a. a. O. S. 79 ff.

[8]) Bezüglich des familiae emptor insbesondere Sohm: Institutionen. 11. Auflage. Leipzig 1903. S. 532, 533; Wolf von Glanvell: Die letztwilligen Verfügungen nach gemeinem kirchlichen Recht, Paderborn 1900, S. 192; Deutsch: Die Vorläufer der heutigen Testamentsvollstrecker im Römischen Recht. Inaug.-Diss. Göttingen 1899. S. 12.

[9]) Schultze: a. a. O. S. 168 (Die langob. Treuhand).

[10]) Deutsch: a. a. O. S. 40.

[11]) Marschner: a. a. O. S. 16, 17; Seckt: a. a. O. S. 11, 12.

[12]) Koch: a. a. O. S. 332; Siegert: a. a. O. S. 5.

aber ebenso wenig wie die erwähnten Stellen dazu herangezogen werden, von der Verfügungsmacht des Testamentsvollstreckers oder einer ihm nahestehenden oder gleichkommenden Person im römischen Rechte zu reden.

2. Im deutschen Recht.

Das deutsche Recht ist zwar die Wiege[1]) der heutigen Testamentsvollstreckung, doch hat sich seine Wissenschaft, wie es in der Natur der Sache lag, vorwiegend, ja man kann sagen, ausschließlich nur mit der rechtlichen Natur, dagegen nicht mit den einzelnen Befugnissen des Testamentsvollstreckers befaßt. Hinsichtlich dieser, auch hinsichtlich der Verfügungsmacht des Vollstreckers kann, da es dem deutschen Rechte auch an sicheren gesetzlichen Bestimmungen mangelt, nur auf die Auffassung von der allgemeinen Rechtsnatur des Testamentsvollstreckers im deutschen Recht verwiesen werden. Für diese bedeutet die Mitte des 12. Jahrhunderts einen wesentlichen Wendepunkt.

Ursprünglich kannte man in Deutschland Zuwendungen von Todeswegen ganz und garnicht[2]); der Erblasser wurde vielmehr von seinen Hausgenossen beerbt und durfte deren Warterecht in keiner Weise, insbesondere nicht durch letztwillige Verfügungen schmälern, er durfte sich nur im Falle des Mangels eines gesetzlichen Erben einen solchen küren[3]). Erst allmählich kam die Sitte auf, das Verbot, letztwillige Verfügungen zu treffen, zu umgehen, ja die bloße Sitte verwandelte sich alsbald in feststehendes Recht und es ward nunmehr auch beim Vorhandensein gesetzlicher Erben sogar gestattet, Vergabungen von Todeswegen vorzunehmen. Um diesen ihre Verwirklichung zu sichern, sah man sich mit Rücksicht darauf, daß derartige Verfügungen den Erben nicht banden und er somit auch nicht verpflichtet war, sie zur Ausführung zu bringen, genötigt, sich einer dritten Person, einer

---

1) Beseler: a. a. O. S. 144 f., J. Scholz: a. a. O. S. 6 ff., 13 ff., 30, Heusler: Institutionen des deutschen Privatrechts 1886, II. § 202. S. 652, Schaller: a. a. O. S. 6, Seckt: a. a. O. S. 1, Siegert: a. a. O. S. 1, Stobbe: a. a. O. S. 260 § 308, Brettner: a. a. O. S. 213, Lammer: Das Recht der treuen Hand nach deutschem Rechte. Inaug.-Diss. Würzburg 1875. S. 18, Dernburg: Lehrbuch des Preußischen Privatrechts. III. Band 3. Auflage. Halle 1884. S. 472 § 164, Endemann: a. a. O. (III. Band) S. 218 § 52. a. M. Goldfeld: a. a. O. S. 79, 80.

2) Heusler: a. a. O. § 194.

3) Es ist dies die Einrichtung der sog. Erbenschaffung, der Affatomie des fränkischen Rechts. Vgl. Lex Salica Tit. 46, Schultze. a. a. O. Die langobardische Treuhand S. 167 ff.

Mittelsperson zu bedienen. Man knüpfte zu diesem Zweck an das sachenrechtliche Institut des Treuhänders, des Salmanns an. Diesem übertrug man bereits zu Lebzeiten durch zweiseitiges Rechtsgeschäft dasjenige Gut, das man für den Fall des Todes einer bestimmten Person zugewendet wissen und auch wirklich zuwenden wollte, zu Eigentum mit der Verpflichtung, es beim Tode dieser Person herauszugeben. Es lag somit die Verwirklichung einer letztwilligen Verfügung, die sich als zweiseitiges Rechtsgeschäft darstellte, in der Hand des Salmanns. Er hatte bedingtes, befristetes Volleigentum, er hatte die Befugnis, die Sache nach Auftrag ebenso wirksam zu übertragen, als es der Eigentümer würde gekonnt haben[4]).

So lagen die Verhältnisse in Deutschland bis gegen die Mitte des 12. Jahrhunderts, ungefähr also bis zu der Zeit, zu der der Einfluß des römischen Rechts auf das deutsche Recht einsetzt.

Um diese Zeit wurden in Deutschland einseitige letztwillige Verfügungen, Testamente, gebräuchlich; dem Testamente des deutschen Rechts fehlte aber „die Angel des römischen Testaments“[5]), die Einsetzung eines Erben als Repräsentanten des Erblassers, das deutsch-rechtliche Testament war vielmehr „nur ein Aggregat von Vermächtnissen“[6]). Somit bestand auch jetzt für den Erben keine Verpflichtung, die Anordnungen, die der Erblasser im Testamente getroffen hatte, zu befolgen und es bestand dementsprechend das Bedürfnis weiterhin fort, den Salmann zur Verwirklichung heranzuziehen. Doch mußte sich jetzt in Anbetracht dessen, daß dem Bedachten das vermachte Recht nunmehr unmittelbar mit dem Erbfall zufiel, die rechtliche Natur des Salmanns ändern. Er war jetzt nicht mehr, wie Seckt[7]) und Patzelt[8]) mit Recht betonen, Mittler im Rechtsübergang, sondern er hatte nunmehr eine auf den Nachlaß beschränkte, dinglich wirkende Dispositionsgewalt.

Wie bereits gesagt, lassen sich Einzelheiten über die Verfügungsmacht des Testamentsvollstreckers im deutschen Recht nicht aufstellen, man muß sich vielmehr damit begnügen festgelegt zu wissen, welche rechtliche Stellung der Testamentsvollstrecker bei Ausübung seiner Verfügungsmacht einnimmt.

---

4) Stobbe: a. a. O. S. 262, Lissauer: a. a. O. S. 11, 12.
5) Beseler: a. a. O. S. 145, 146, 148, 149.
6) Wolff: a. a. O. S. 14, Lammer: a. a. O. S. 18.
7) Seckt: a. a. O. S. 7.
8) Patzelt: a. a. O. S. 14 auch Andrée: a. a. O. S. 10.

3. Im kanonischen Recht.

Aus dem deutschen Recht ist die Testamentsvollstreckung in das kanonische Recht[1]) übergegangen. Dieses hat den „executor testamentarius"[2]) wie fast alle seine Sätze aus dem römischen oder deutschen Rechte im allgemeinen einfach übernommen, im besonderen ihn nur nach seiner Pflichtseite hin ausgestaltet, indem es eine Beaufsichtigung desselben durch die Obrigkeit einführte. Die Rechtsmacht des Testamentsvollstreckers ist aber hiervon „weder in ihrem Rechtsgrunde noch in ihrer Rechtsnatur noch in ihrem Umfange betroffen worden"[3]). Die Verfügungsmacht des Testamentsvollstreckers, mit der sich die vorliegende Abhandlung beschäftigt, ist aber ein Teil seiner Rechtsmacht; daher erübrigt sich jede weitere Erörterung über die Verfügungsmacht des Testamentsvollstreckers im kanonischen Recht.

4. Im gemeinen und preußischen Recht.

Im gemeinen Rechte war, wie bereits erwähnt, die Testamentsvollstreckung ihrer rechtlichen Natur nach lebhaft bestritten. Zu verschiedenen Zeiten haben hier die verschiedensten Theorieen ohne jede gesetzliche Grundlage einander gegenübergestanden, bis erst gegen Mitte des 18. Jahrhunderts die Mandatstheorie für die rechtliche Natur des Testamentsvollstreckers fast allgemein anerkannt wurde.

Gerade in dieser Zeit ist in Preußen das Allgemeine Landrecht entstanden, so daß es nicht Wunder nehmen kann, daß dieses für die Rechtsnatur des Testamentsvollstreckers die damals in Deutschland herrschende Theorie, die Mandatstheorie, aufgenommen hat.

Das gemeine und preußische Recht stehen also auf dem Boden der Mandatstheorie, d. h. sie sehen in dem Testamentsvollstrecker einen Beauftragten, und zwar einen Beauftragten des Erblassers. Für das preußische Recht ist diese Anschauung in § 557 ALR. Teil I., Titel 12 ausdrücklich ausgesprochen:

> „Hat der Erblasser jemandem die Vollziehung seines letzten Willens aufgetragen, so ist derselbe als ein Bevollmächtigter des Erblassers, und die letztwillige Verordnung selbst als seine Vollmacht und Instruktion anzusehen".

---

1) Vgl. über das kanonische Recht insbesondere Lissauer: a. a. O. § 3 und Schultze, langobardische Treuhand S. 151 ff.

2) Corpus inris canonici cap. 17 X. de test. 12, 26, Schultze: a. a. O. (langobardische Treuhand) S. 164.

3) Vgl. Lissauer: a. a. O. § 3 S. 13 ff., Seckt: a. a. O. S. 13 Anm. 1, Marschner: a. a. O. S. 13, Schultze: a. a. O. (Band 43) S. 79, Strohal: a. a. O. S. 266.

Daß die letztwillige Verordnung, also der letzte Wille des Erblassers, in erster Reihe den Umfang der Vollmacht des Testamentsvollstreckers bestimmt, ist auch für das gemeine Recht feststehende Ansicht[1]). Wenngleich Theorie und Praxis des preußischen Rechts an der Auffassung der Mandatstheorie nicht festgehalten haben, vielmehr allmählich, insbesondere durch Fischers[2]) Anregung, zu der Ansicht übergegangen sind, der Testamentsvollstrecker handelt im fremden Interesse, so ist doch auch das preußische Recht dabei verblieben, daß sich der Umfang der Aufgabe des Vollstreckers in erster Linie nach dem Willen des Erblassers richtet.

In beiden Rechtsgebieten sind sonach auch für den Umfang der Verfügungsmacht des Vollstreckers in erster Linie die Bestimmungen des Erblassers maßgebend. Von diesen darf der Vollstrecker nicht abweichen, selbst dann nicht, wenn sämtliche Interessenten dies übereinstimmend verlangen[3]); denn

> „es wäre absurd, die Tätigkeit des Vollziehers durch den Willen des oder der Erben beschränken zu wollen, da es ja dann lediglich in deren Willkür gestellt sein würde, die Ausführung des Willens des Testators, sofern dies in ihrem Interesse wäre, zu vereiteln, um den dafür zu machenden Kostenaufwand zu sparen".

Dies ist im preußischen Rechte auch Gerichtspraxis. Nachdem nämlich das Reichsgericht (vgl. Band 16, 188) ausgesprochen hatte, daß der Testamentsvollstrecker einer von allen am Nachlaß Beteiligten genehmigten, vom Testamentsinhalte abweichenden Verfügung über den Nachlaß auf Grund des entgegengesetzt lautenden Willens des Erblassers nicht widersprechen dürfe, hat es diesen Standpunkt in seiner Plenarentscheidung Band 25, 292 flg. vollkommen verlassen. Hier ist klar und deutlich gesagt, daß der Testamentsvollstrecker die Anordnungen des Erblassers selbst gegen den Willen des Erben zur Ausführung zu bringen hat, selbst wenn ein Dritter an den testamentarischen Anordnungen ein Interesse nicht hat. Somit wird im gemeinen sowie im preußischen Rechte die Verfügungsmacht des Testamentsvollstreckers durch

---

1) Andrée: a. a. O. S. 29, Goldfeld: a. a. O. S. 74, Bornemann: Systematische Darstellung des Preußischen Zivilrechts. VI. Band. 1839. S 448.

2) Fischer: Lehrbuch des preußischen Privatrechts. 1886. S. 676, 678.

3) Sturm: a. a. O. § 13 S. 46, Andrée: a. a. O. § 14 S. 42, Dernburg: a. a. O. (Preußisches Privatrecht) S. 478, Stobbe: a. a. O. S. 276, 277 zu 4., Förster: a. a. O. § 255, S. 168, 183, Koch: a. a. O. S. 356.

den Willen, auch den übereinstimmenden Willen der Nachlaßinteressenten nicht eingeschränkt, vielmehr erstrecken sich die Grenzen dieser Verfügungsmacht so weit, als sie der Erblasser letztwillig festgelegt hat.

Wie ist es nun aber, wenn der letzte Wille des Erblassers diese nicht erkennen läßt, wenn er möglicherweise seine letztwilligen Anordnungen ganz allgemein gehalten und über die Verfügungsmacht, überhaupt die Befugnisse des Testamentsvollstreckers im einzelnen nichts bestimmt hat? Dann ist die Rücksicht maßgebend, ob das fragliche Geschäft zu denen gehört, welche man regelmäßig einem Testamentsvollstrecker zu übertragen pflegt[4]), dann müssen, so sagt die Literatur[5]) des gemeinen sowie preußischen Rechts übereinstimmend, dem Vollstrecker zweifellos diejenigen Verfügungsrechte zuerkannt werden, deren er zur Erfüllung seines Amtes unbedingt bedarf. Da der Vollstrecker vor allem dazu berufen ist, den Inhalt des Testaments zu verwirklichen, also den letzten Willen des Erblassers unabhängig von dem Belieben der Erben auszuführen, d. h. einem jeden dasjenige, was ihm der Erblasser zugewendet hat, auszuantworten[6]) — das ALR.[7]) läßt dies aus den Worten „Ausmittelung, Konstituierung und Verwaltung des Nachlasses" schließen —, so ist dem Vollstrecker ohne jeden Zweifel ein allgemeines Verfügungsrecht über die einzelnen Nachlaßgegenstände zuzusprechen. Der Testamentsvollstrecker kann also die einzelnen Nachlaßgegenstände rechtsgiltig veräußern, belasten[8]), er kann Forderungen kündigen und einziehen, er kann überhaupt alle dinglichen Rechtshandlungen inbezug auf den Nachlaß vornehmen[9]). Ohne dieses allgemeine Verfügungsrecht, ohne diese allgemeine Verfügungsmacht kann der Vollstrecker dem Endzweck seiner Tätigkeit nicht gerecht werden.

Das preußische Recht hat noch zu einer weiteren Frage Stellung genommen, ob nämlich die Verfügungsmacht des Testamentsvollstreckers so weit reicht, daß er zu Verfügungen über Nachlaßobjekte berechtigt ist, auch wenn der Erbe als

---

4) Fischer: a. a. O. (Lehrbuch des preußischen Privatrechts) S. 678.

5) Andrée: a. a. O. S. 29, 30, Stobbe: a. a. O. S. 271, 272, Rosenthal: a. a. O. S. 27, Dernburg: (preußisches Privatrecht) a. a. O. S. 477 ff. § 166, Förster: a. a. O. S. 175, 176, Hinschius: Die rechtliche Stellung der Testaments-Exekutoren in der Preußischen Anwalts-Zeitung, V. Jahrgang 1866, S. 787, 788.

6) Koch: a. a. O. S. 362 zu 4.

7) S. ALR. Anhang § 157 zu § 421 Titel 18 Teil II.

8) Andrée: a. a. O. S. 43.

9) Dernburg: a. a. O. (Pandekten) Band 3. S. 256, 2.

Eigentümer im Grundbuche nicht eingetragen ist. Diese Frage wird im allgemeinen bejaht[10]), und zwar mit der Begründung, daß die gesetzliche Regel, nach der zu Buchoperationen die Bewilligung des eingetragenen Eigentümers erforderlich ist, sich nicht auf die besonderen Fälle bezieht, in welcher der eingetragene Eigentümer eine gesetzlich anerkannte Vollmacht zur Veräußerung gegeben hat.

Im gemeinen und preußischen Rechte ist schließlich noch die Frage nach dem Prozeßführungsrecht[11]) des Testamentsvollstreckers angeschnitten worden, jedoch nicht zu einer einheitlichen Regelung gelangt. Bei der großen Verschiedenheit der Meinungen in dieser Frage würde es zu weit führen, auf diese hier einzugehen, zumal sie nur insoweit in Betracht kommt, als sie die Verfügungsmacht des Testamentsvollstreckers berührt, und es hier noch als zweifelhaft bezeichnet werden muß, ob die Prozeßführung überhaupt unter den allgemeinen Begriff der „Verfügung" fällt. Diese Frage soll später für das heute geltende Recht geprüft werden.

§ 4.

Die Verfügungsmacht des Testamentsvollstreckers und ihre Grenzen nach dem BGB.

1. Allgemeines.

Es ist bereits gesagt worden, daß das BGB. das Institut der Testamentsvollstreckung eingehend geregelt und in den §§ 2197 bis 2228 ganz bestimmte positive Gesetzesnormen für sie aufgestellt hat. Es sind weiterhin zu Anfang dieser Abhandlung die hauptsächlichsten gesetzlichen positiven Aufgaben des Testamentsvollstreckers, wie sie in den §§ 2203 bis 2206 BGB. festgelegt sind, genannt und ist auch erwähnt worden, daß durch Erweiterung oder Einschränkung dieser gesetzlichen Aufgaben seitens des Erblassers der gesetzliche Wirkungskreis des Testamentsvollstreckers zum gewillkürten Wirkungskreise wird. Diese Einteilung soll für die folgenden Ausführungen

---

10) Sturm: a. a. O. S. 44, Dernburg: (preußisches Privatrecht) a. a. O. S. 482.

11) S. darüber Stobbe: a. a. O. S. 272 ff., Förster: a. a. O. S. 177 ff., Dernburg: (preußisches Privatrecht) a. a. O. S. 479, 480, Hinschius: a. a. O. S. 785 ff.

beibehalten, zuvörderst aber sollen diejenigen Momente hervorgehoben werden, die beiden Wirkungskreisen für die vorliegende Abhandlung gemeinsam sind.

Da diese lediglich die Verfügungsmacht des Testamentsvollstreckers nach dem BGB. zum Gegenstande hat, sind zunächst die Begriffe „Verfügung“ und „Verfügungsmacht“ klarzustellen und ist weiterhin zu prüfen, inwieweit die zu Anfang der Abhandlung unter 1 bis 4[1]) aufgezählten positiven Aufgaben des Testamentsvollstreckers diesen Begriffen gerecht werden.

Unter „Verfügung“ versteht man im allgemeinen und versteht auch das BGB.[2]), das für diesen Begriff keine Definition gibt, diejenige dinglich wirkende Rechtshandlung, die den Verlust, die Beschränkung oder Belastung eines Rechtes unmittelbar herbeiführt, und unter „Verfügungsmacht“ die Macht, das Recht, nicht etwa die Eigenschaft einer Person, über den Gegenstand des Rechtsgeschäftes Willenserklärungen mit verbindlicher Kraft abzugeben.[3]) Dem Begriffe „Verfügung“ sind auch die Kündigung, die Einziehung, Belastung, Abtretung und Uebertragung einer Forderung, der Verzicht auf eine solche, die Aufrechnung sowie Uebertragung, Belastung, Aufhebung, Veräußerung irgend eines anderen Rechtes zu unterstellen.[4])

Hiernach fallen die zu Anfang der Abhandlung unter 1., 2. und 3. benannten positiven Aufgaben des Testaments-

---

1) Seite 1.

2) Cosack: a. a. O. (Band I, 4. Aufl. 1903) S. 155, 1, Kuhlenbeck: a. a. O. § 161 Anm. 1 und § 185 Anm. 1, Matthiaß: a. a. O. S. 172 V B. 1 und S. 228, 229 IV, Staudinger: (Erbrecht): a. a. O. S. 494; Engelmann: a. a. O. S. 136 § 50, Fischer in Fischer-Henle: a. a. O. Vorbem. zu § 104 BGB S. 50, Hellwig (Zivilprozeß): a. a. O. Band I. S. 317 und Anm. 2 daselbst, Band II S. 317 § 115, Endemann: a. a. O. Band II S. 63, Wilutzky: Die Verfügungen des BGB S. 58 und die dort verzeichnete Literatur, sowie Sohm: Vermögensrecht. Gegenstand. Verfügung. S. 192, beide im Archiv für bürgerliches Recht, Band 28 Heft 1. Berlin 1906, Sohm: Der Gegenstand 1905 S. 3 ff., Dernburg: Das Bürgerliche Recht, Band I (Die allgemeinen Lehren) 1902 S. 342, Börner: Der allgemeine Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs im sächsischen Archiv für bürgerliches Recht und Prozeß 1898, Band 8, S. 36, Goldmann-Lilienthal: a. a. O. S. 135 zu 4 a, Planck: a. a. O. I. Band (Einleitung und Allg. Teil) 3. Aufl. 1903 S. 185, Erl. 4.

3) Hellwig: (Rechtskraft) a. a. O. S. 100, Engelmann: a. a. O. S. 98 § 37 zu 1.

4) Dernburg: a. a. O. wie oben, Henle in Fischer-Henle: a. a. O. § 2205 Anm. 3, Goldmann-Lilienthal: a. a. O. wie oben, Staudinger: (Erbrecht) a. a. O. S. 494, Planck: a. a. O. wie oben.

vollstreckers, also die Aufgaben der §§ 2203, 2204 und 2205 BGB. — letztere nur hinsichtlich der Verwaltung, nur der Satz 1 des § 2205 —, wenn überhaupt, nur insoweit unter die Verfügungsmacht des Testamentsvollstreckers, als sie für diesen ein Recht statuieren. Hingegen berühren die ebendort ausgesprochenen Pflichten des Testamentsvollstreckers, die letztwilligen Verfügungen des Erblassers zur Ausführung zu bringen (§ 2203 BGB.), die Auseinandersetzung unter mehreren Erben zu bewirken (§ 2204 BGB.) und den Nachlaß zu verwalten (§ 2205 Satz 1 BGB.), die Verfügungsmacht des Testamentsvollstreckers ganz und garnicht.

Daß nun aber die Rechte des Testamentsvollstreckers, die letztwilligen Verfügungen des Erblassers zur Ausführung zu bringen und unter mehreren Erben die Auseinandersetzung zu bewirken (§ 2203, 2204 BGB.), zu seiner Verfügungsmacht gehören, dürfte keinem Zweifel unterliegen. Denn die diesen Rechten entspringenden Handlungen haben dingliche Wirkung und bringen eine unmittelbare Veränderung des einzelnen Rechtes mit sich. Ebenso unzweifelhaft ist es, daß das Recht des Testamentsvollstreckers, über die Nachlaßgegenstände zu verfügen (§ 2205 Satz 2 BGB.), als ein wesentlicher, ja der bedeutendste Teil seiner gesamten Verfügungsmacht dieser angehört. Dagegen sind bei der Abhandlung der Verfügungsmacht des Testamentsvollstreckers die übrigen Rechte des § 2205 BGB., nämlich das Recht, den Nachlaß zu verwalten, sowie das Recht, ihn in Besitz zu nehmen, auszuschalten. Diese beiden Rechte, insbesondere das erstgenannte, sind Verwaltungsrechte; sie mögen zwar in gewisser Hinsicht Vorbedingungen für die Verfügungsmacht des Testamentsvollstreckers sein, sie haben aber mit dieser sonst nichts zu tun und sind daher hier nicht zu besprechen.

Außer Betracht bleibt das Recht des Testamentsvollstreckers, unter bestimmten Beschränkungen Verbindlichkeiten für den Nachlaß einzugehen (§ 2206 BGB.), also das zu Anfang der Abhandlung unter [4]) bezeichnete Recht. Denn die Eingehung von Verbindlichkeiten begründet nur obligatorische Haftung, gehört also zu der Verpflichtungsbefugnis des Testamentsvollstreckers. Diese wird von der Verfügungsmacht nicht umfaßt, vielmehr stehen ganz allgemein „verpflichten" und „verfügen" gerade in schroffem Gegensatz zueinander, so daß nicht nur die Verpflichtungsgeschäfte, die obligatorischen Rechtsgeschäfte, niemals unter den Begriff „verfügen" fallen, sondern weiterhin scharf zu scheiden ist, ob ein Rechtsgeschäft

nur die Verpflichtung zu einer Verfügung begründet oder selbst schon eine Verfügung enthält[5]).

Neben diesen vier hauptsächlichsten positiven Aufgaben des Testamentsvollstreckers steht eine zwar zu Anfang der Abhandlung nicht erwähnte, aber gleich wichtige Aufgabe des Testamentsvollstreckers, nämlich die Prozeßführung. Diese kann in den Rahmen dieser Abhandlung wiederum nur bezüglich des Rechtes des Testamentsvollstreckers zur Prozeßführung fallen. Ob sie aber überhaupt unter dem allgemeinen Begriff „Verfügung" steht, ist bereits oben als zweifelhaft bezeichnet worden und soll nun hier eingehend untersucht werden.

Bülow meint, es sei nicht möglich, eine prozessualische Parteihandlung für eine Verfügung über privatrechtliche Angelegenheiten, für „eine Disposition über das streitige Recht" zu halten, und zwar deswegen, weil sich die Prozeßhandlungen der Parteien von den Privatrechtsgeschäften

1. durch ihre Gebundenheit an die Mitwirkung des Prozeßgerichts,
2. durch die wechselseitige Abhängigkeit, in der die innerhalb der Prozeßverhandlung vorgenommenen einzelnen Parteihandlungen zueinander stehen,

wesentlich unterscheiden.

Zu dem ersten Unterscheidungsmerkmal führt Bülow etwa folgendes an:

Die Handlungen einer Partei im Prozesse sind bloß einzelne unselbständige Stücke der zur Herbeiführung der Gerichtsentscheidung erforderlichen gesamten Partei- und Gerichtstätigkeit; sie sind nicht wie die Rechtsgeschäfte auf sich allein abgestellt, sondern nur in Verbindung und im Zusammenhang mit mannigfachen zur Erwirkung und Vorbereitung des Urteils nicht minder notwendigen richterlichen Handlungen wirksam. Alle Parteihandlungen, die dem Urteil vorhergehen, beschränken sich in ihrer Wirksamkeit lediglich darauf, daß sie das Urteil hervorbringen helfen, über diesen rein vorbereitenden, rein prozessualen Dienst aber geht ihre eigene, die ihnen von der Rechtsordnung allein gestellte Aufgabe und zugedachte Leistungskraft nicht hinaus. Nicht die eigene Wirkung der einzelnen Parteihandlung, sondern erst

[5]) Endemann: a. a. O. Band II. S. 63; Fischer in Fischer-Henle: a. a. O. Vorbem. zu § 104 BGB. S. 50; Engelmann: a. a. O. S. 136 § 50; Goldmann-Lilienthal: a. a. O. S. 135 zu § 4a; Staudinger (Erbrecht): a. a. S. 494; Kuhlenbeck: a. a. O. § 161 Anm. 1; Planck: a. a. O. (I. Band) S. 186.

[6]) Bülow: Das Geständnisrecht. 1899. S. 74 ff. bis S. 92.

die Wirkung des Wirkungsergebnisses sämtlicher Prozeßhandlungen erstreckt sich auf die res in iudicium deducta.

Und hier setzt Punkt 2 ein, auf den Bülow das Hauptgewicht legt: die Abhängigkeit der einzelnen Parteihandlungen voneinander.

Ob die einzelne Parteihandlung einen Einfluß auf das Urteil haben wird, ist in dem Moment ihrer Vornahme noch objektiv ungewiß. Diese Ungewißheit haftet der einzelnen Parteihandlung bis zum Schlusse der letzten dem Urteil voraufgehenden mündlichen Verhandlung an, denn ihre Wirksamkeit hängt von der Beschaffenheit der übrigen, namentlich auch der noch ausstehenden ab. Durch diese kann die Wirksamkeit jeder Handlung noch fortwährend paralysiert werden und erst, wenn die urteilsbegründenden Handlungen sämtlich vorliegen, der Verhandlungsstoff erschöpft, die Verhandlung geschlossen ist, erst in dem Schlußakt, im Gerichtsurteile zeigt sich, welchen Anteil an der Herstellung der Gesamtwirkung die einzelne Parteihandlung hat, ja ob diese Handlung überhaupt hierzu mitzuwirken vermag. Bis zu diesem Zeitpunkte aber ist die Wirksamkeit der einzelnen Parteihandlung in pendenti.

Anders hingegen bei den Rechtsgeschäften! Ist ein Rechtsgeschäft in rechtmäßiger Weise abgeschlossen, so ist und bleibt es gewiß, daß es die seinem Inhalt entsprechende Wirkung auch wirklich hervorbringt. Selbst wenn es bedingt oder betagt ist, unterbleibt oder verzögert sich die Wirkung doch nur so, wie und deshalb, weil dies im Rechtsgeschäft selbst vorgesehen ist.

Weiterhin erwägt Bülow noch die Möglichkeit, daß die „Dispositionstheorie“ etwa in dem abgeschwächten Sinne zu verstehen wäre, daß durch prozessualische Parteihandlungen über Privatrechte m i t t e l b a r verfügt werden könne. Da die Parteihandlungen einen maßgebenden Einfluß auf den Ausfall der Entscheidung über das eingeklagte Privatrecht haben, sei es unbestreitbar, daß sie, sei es einzeln oder bloß vereint miteinander, vermittelst des Urteils sehr wesentlich auf den Privatrechtszustand, auf das Haben, Behalten oder Verlieren von Privatrechten einwirken; folglich sei doch in ihnen wenigstens eine mittelbare Disposition über das streitige Recht enthalten.

Daß die Parteihandlungen in einer, wenn auch entfernten ursächlichen Beziehung zum Privatrechtszustand stehen, wie er durch das Urteil festgestellt und angeordnet wird, gibt Bülow ohne weiteres zu. Er lehnt aber die hieraus gezogene Folgerung ab. Denn die Verursachung dieses Er-

folges geschieht nicht durch Vermittelung von rechtsgeschäftlichen Handlungen, in denen eine Verfügung über das streitige Recht enthalten wäre, vielmehr bliebe doch bloß, da die Parteihandlungen allein für sich jenen Privatrechtserfolg noch nicht hervorzurufen imstande sind, die Möglichkeit übrig, daß das Mittel, durch welches die Parteihandlung auf den Privatrechtszustand einwirkt, d. i. das Urteil, als eine „Verfügung“ über die abzuurteilende Privatrechtsangelegenheit zu betrachten wäre. Aber auch diese Möglichkeit ist nicht gegeben! Das zivilgerichtliche Urteil hat nicht wie die Privatrechtsgeschäfte die Bestimmung und die Kraft, den bestehenden Privatrechtszustand umzuändern, den eingeklagten Privatrechtsanspruch zur Entstehung zu bringen oder ihn aufzuheben. Wenn es sich so verhielte, müßte ja angenommen werden, daß das verurteilende Gerichtserkenntnis dem Kläger ein ihm nicht zustehendes Recht verleihe, das freisprechende ein ihm gehöriges entziehe, also statt das bestehende Recht zu wahren, eine Ungerechtigkeit begehe. Dies ist aber nicht der Fall, vielmehr wird durch das Urteil nur die bis dahin obwaltende Ungewißheit über die Existenz des behaupteten Rechts beseitigt und diesem Recht, je nachdem es vom Gericht als begründet oder als unbegründet befunden wird, der Stempel staatlicher Rechtsgewähr aufgedrückt oder versagt. Die zivilgerichtlichen Endurteile sind also nur staatliche Bestätigungen des bestehenden Privatrechtszustandes, rechtsvergewissernde, nicht rechtsverändernde, nicht über das streitige Recht verfügende Handlungen[7]).

Sonach ist weder in den Parteihandlungen selbst noch in der ihre Einwirkung auf den Privatrechtszustand vermittelnden Gerichtshandlung etwas von einer Privatrechtsdisposition zu finden. Nach Bülow ist also die gesamte Prozeßführung nicht Verfügung[8]). Und mit Recht! Denn die Prozeßführung ist nichts anderes als eine Reihe einzelner

---

[7]) Ebenso Hellwig (Zivilprozeß): a. a. O. Band I. S. 318 zu 1 und Hellwig (Anspruch und Klagrecht): a. a. O. S. 210 ff., insbesondere S. 211.

[8]) Ebenso Fischer in Fischer-Henle: a. a. O. S. 50; Schneider in Fischer-Henle: a. a. O. § 1375 Anm. 3; Seckt: a. a. O. S. 71; Marschner: a. a. O. S. 51; Hellwig: (Rechtskraft): a. a. O. S. 108 und 110; Goldmann-Lilienthal: a. a. O. S. 135 Anm. 8; Staudinger (Erbrecht): a. a. O. S. 494; Kuhlenbeck: a. a. O. § 161 Anm. 1; Kohler: Der Dispositionsnießbrauch in Iherings Jahrbüchern für Dogmatik Band 24. (1886) S. 319, 320; Kohler: Succession in das Prozeßverhältnis in der Zeitschrift für deutschen Zivilprozeß. Band 12. 1888. S. 101; Planck: a. a. O. (Band I) S. 186.

Parteihandlungen; eine jede von ihnen ist nur ein Teil des Ganzen und in ihrer Wirksamkeit von der einen oder anderen abhängig. Sie steht zwar in engem, ursächlichem Zusammenhang mit dem Privatrechtszustand und beeinflußt unter Umständen diesen, ihre wirkliche Verwertung und ihr tatsächlicher Einfluß aber zeigt sich erst in der Beendigung des Rechtsstreites, in dem Urteil. Auch dieses ist als eine Verfügung über privatrechtliche Angelegenheiten nicht anzusehen; denn der eingeklagte Privatrechtszustand gelangt, wie Bülow mit Recht betont, durch das obsiegende Urteil nicht erst zur Entstehung und durch das unterliegende Urteil nicht erst zur Aufhebung, vielmehr wird durch das Urteil das geltend gemachte, bis dahin bestrittene und somit ungewisse Recht als bestehend oder nicht bestehend, als begründet oder unbegründet festgestellt. Mag die eine oder andere Parteihandlung und damit auch die Prozeßführung Verfügungen an und für sich mit sich bringen, Verfügung ist sie selbst doch nicht.

Es gehört somit auch das Prozeßführungsrecht des Testamentsvollstreckers nicht zu seiner Verfügungsmacht, und es sind daher im folgenden von den positiven Aufgaben des Testamentsvollstreckers nur die Rechte der §§ 2203 und 2204 BGB. sowie das Recht des § 2205 BGB., über die Nachlaßgegenstände zu verfügen, im einzelnen näher zu betrachten. Diese Rechte des Testamentsvollstreckers innerhalb seiner Verfügungsmacht liegen im Normalfalle in dem Rahmen seines gesetzlichen Wirkungskreises.

2. Innerhalb des gesetzlichen Wirkungskreises.

a) Die Verfügungsmacht des Testaments-Vollstreckers hinsichtlich seiner Berechtigung, über die Nachlaßgegenstände zu verfügen.

Innerhalb des gesetzlichen Wirkungskreises des Testamentsvollstreckers ist das letztgenannte Recht, das Recht, über die Nachlaßgegenstände zu verfügen (§ 2205 BGB.), an die Spitze zu stellen. Denn abgesehen davon, daß dieses Recht, wie bereits erwähnt, in seiner Bedeutung für die gesamte Verfügungsmacht des Testamentsvollstreckers allen übrigen Rechten vorangeht, wird auf dieses Recht bei der Erörterung der Einzelheiten der übrigen Rechte hier und da zurückzukommen sein.

Mit der Bestimmung des § 2205 Satz 2 BGB. hat dieses sich der Ansicht der zweiten Kommission angeschlossen. Diese hat nach ihren Protokollen[1]) erwogen, daß man mit Rücksicht auf das Verkehrsbedürfnis von der Gewährung eines

[1]) Protokolle V. S. 281.

kausal bedingten Verfügungsrechtes Abstand nehmen und dem Vollstrecker ein absolut freies Verfügungsrecht gewähren müsse, „da jede andere Schranke die Gefahr nahe lege, daß die Erreichung des Zweckes der Testamentsvollstreckung, den letzten Willen des Erblassers zur Durchführung zu bringen, erheblich beschwert werde.“ Vollkommen übereinstimmend hiermit spricht nun § 2205 BGB. als Regelfall aus: „Der Testamentsvollstrecker ist berechtigt, über die Nachlaßgegenstände zu verfügen.“ Der Vollstrecker hat also im allgemeinen, d. h. soweit nicht noch Einschränkungen gegeben sind, ein völlig freies Verfügungsrecht über sämtliche Nachlaßgegenstände, sowohl über die beweglichen als unbeweglichen Sachen[2]), und ist demnach zu all denjenigen Rechtshandlungen über die einzelnen Nachlaßgegenstände befugt, die unter den oben aufgestellten Verfügungsbegriff fallen. Der Testamentsvollstrecker kann[3]) also Eigentum oder andere dingliche Rechte rechtlich wirksam übertragen, er kann Nachlaßgrundstücke auflassen, überhaupt alle dinglich wirkenden Rechtshandlungen vornehmen, die eine Veränderung des Rechtes unmittelbar herbeiführen; auch kann er —, dies folgt ebenfalls aus dem oben Gesagten —, rechtsgiltig kündigen, mahnen, aufrechnen usw.[4]).

Für das Grundbuchrecht bestimmt hinsichtlich der Verfügungsmacht des Testamentsvollstreckers § 41 GBO., daß der Grundbuchrichter an die Vorschrift des § 40 GBO. nicht gebunden ist, wenn der Testamentsvollstrecker, vorausgesetzt daß er sich ordnungsmäßig (§ 36 Abs. 2 GBO.) legitimiert, seine Bewilligung zu der Eintragung erteilt. Für diesen Fall ist nicht notwendig, daß derjenige, dessen Recht durch die Eintragung betroffen wird, d. i. der Erbe, als Berechtigter im Grundbuche eingetragen ist.

§ 2205 BGB. gibt aber neben der gesetzlichen Regel, daß dem Testamentsvollstrecker ein freies Verfügungsrecht über alle Nachlaßgegenstände zusteht, auch die erste Einschränkung dieses Verfügungsrechtes und damit der gesamten Verfügungsmacht des Testamentsvollstreckers. § 2205 BGB. bestimmt nämlich in seinem Schlußsatze, daß der Testaments-

---

[2]) Henle in Fischer-Henle: a. a. O. § 2205 Anm. 3; Patzelt: a. a. O. S. 40; Brettner: a. a. O. S. 221; Siegert: a. a. O. S 49 § 8; Staudinger (Erbrecht): a. a. O. S. 495.

[3]) Strohal: a. a. O. S. 277 Anm. 13; Dernburg (Bürgerliches Recht V. Band): a. a. O. S. 394; Andrée: a. a. O. S. 50 § 16.

[4]) Henle in Fischer-Henle: a. a. O. § 2205 Anm. 3; Andrée: a. a. O. S. 50 § 16; Planck: a. a. O. (V. Band) S. 398 Erl. 3 zu § 2205; Patzelt: a. a. O. S. 40.

vollstrecker zu unentgeltlichen Verfügungen nur berechtigt ist, soweit sie einer sittlichen Pflicht oder einer auf den Anstand zu nehmenden Rücksicht entsprechen.

Auch diese Bestimmung des BGB. lehnt sich an die Meinung der zweiten Kommission an, nach der es „keineswegs der Absicht des Testators entspreche, daß es rein von dem Belieben des berufenen Testamentsvollstreckers abhängen solle, ob der Erbe überhaupt etwas aus dem Nachlaß erhalte, der Vollstrecker vielmehr zum mindesten den Beschränkungen unterworfen sein müsse, welchen der Vorerbe selbst dann unterliege, wenn der Nacherbe nur auf den Ueberrest eingesetzt sei.“ Zu unentgeltlichen Verfügungen ist der Testamentsvollstrecker somit nur in dem Rahmen des § 2205 Satz 3 BGB. befugt, nur die in diesem Rahmen gehaltenen unentgeltlichen Verfügungen sind Dritten gegenüber wirksam. § 2205 BGB. besagt sonach in seinem Schlußsatze nichts Anderes als § 534 BGB. ganz allgemein bezüglich der Schenkungen, d. h. es unterliegen unentgeltliche Verfügungen des Testamentsvollstreckers, soweit durch sie einer sittlichen Pflicht oder einer auf den Anstand zu nehmenden Rücksicht entsprochen wird, nicht dem Widerrufe. Wann und ob eine unentgeltliche Verfügung des Testamentsvollstreckers die Grenze des § 2205 Satz 3 BGB. innehält, wann sie diese überschreitet, ist im einzelnen Falle Tatfrage[5]). Alle anderen unentgeltlichen Verfügungen, all die unentgeltlichen Verfügungen des Testamentsvollstreckers, die über den Rahmen des § 2205 Satz 3 BGB. hinausgehen, sind andererseits rechtsunwirksam und begründen demnach einen Herausgabeanspruch gegenüber demjenigen, der durch eine derartige unentgeltliche Verfügung etwas erlangt hat, bezw. einen Schadensersatzanspruch der Erben gegenüber dem Testamentsvollstrecker.

Eine weitere Beschränkung der Verfügungsmacht des Testamentsvollstreckers findet sich in der ihm in § 2217 Abs. 1 BGB. auferlegten Verpflichtung, Nachlaßgegenstände, deren er zur Erfüllung seiner Obliegenheiten offenbar nicht bedarf, dem Erben zur freien Verfügung zu überlassen. Hierzu ist der Vollstrecker zwar, selbst wenn er den einen oder anderen Gegenstand offenbar nicht bedarf, nicht von selbst, sondern erst auf Verlangen des Erben verpflichtet, sobald er aber dieser Verpflichtung nachkommt, setzt mit diesem Zeitpunkt eine Beschränkung seiner Verfügungsmacht über die dem Erben überlassenen Gegenstände insofern ein, als mit der

---

[5]) Henle in Fischer-Henle: a. a. O. § 2205 Anm. 4 in Verbindung mit Schneider in Fischer-Henle: a. a. O. § 1641 Anm. 2; André: a. a. O. S. 53.

Ueberlassung gemäß § 2217 Abs. 1 Satz 2 BGB. sein Recht zur Verwaltung dieser Gegenstände erlischt und damit ihm auch das Verfügungsrecht über diese völlig entzogen ist[6]).

Die soeben näher ausgelegte Vorschrift des § 2217 Abs. 1 BGB., die durch diese Gesetzesbestimmung der Verfügungsmacht des Testamentsvollstreckers gezogene Schranke ist an sich nur ein Ausfluß der Hauptvorschrift des § 2211 Abs. 1 BGB., der hier festgelegten Norm, daß der Erbe über einen der Verwaltung des Testamentsvollstreckers unterliegenden Nachlaßgegenstand nicht verfügen kann. Beide gesetzlichen Bestimmungen, § 2211 Abs. 1 BGB. in Verbindung mit § 2217 Abs. 1 BGB., stellen unumstößlich fest, daß der Erbe über einen Nachlaßgegenstand nicht verfügen darf, wenn und solange dieser unter der Verwaltung des Testamentsvollstreckers steht, daß andererseits der Erbe in sein Verfügungsrecht eintritt, sobald der Vollstrecker die Verwaltung des betreffenden Gegenstandes aufgibt.

In der Verfügungsmacht des Erben ist somit die Hauptgrenze der Verfügungsmacht des Testamentsvollstreckers gegeben; hier ist die Grenze derart scharf gezogen und gekennzeichnet, daß die Verfügungsmacht des einen, nämlich des Testamentsvollstreckers, die des anderen, des Erben, und die des letzteren die Verfügungsmacht des ersteren ausschließt[7]).

Doch auch hier sind wiederum Schranken gesetzt! Es ist nämlich gegenüber dem allgemeinen Verfügungsverbot des Erben über einen der Verwaltung des Testamentsvollstreckers unterliegenden Nachlaßgegenstand in Abs. 2 des § 2211 BGB. die Bestimmung getroffen, daß „die Vorschriften zu Gunsten derjenigen, welche Rechte von einem Nichtberechtigten herleiten, entsprechende Anwendung finden." Es ist somit einerseits die Vorschrift des § 2211 Abs. 1 BGB. in gewisser Hinsicht eingeschränkt, d. h. das allgemeine Verfügungsverbot des Erben für ganz bestimmte Fälle aufgehoben, auf der anderen Seite aber erleidet gerade hierdurch die freie Verfügungsmacht des Testamentsvollstreckers große Einbuße.

Ueber die Tragweite der Vorschrift des § 2211 Abs. 2 BGB. herrscht in der Literatur anscheinend keine Einigkeit. Siegert[8]) meint, daß der Schutz des Dritten sich nur auf den Mobiliarverkehr bezieht, im grundbücherlichen dagegen durch

---

6) Henle in Fischer-Henle: a. a. O. § 2217 Anm. 2.

7) Engelmann: a. a. O. S. 762; Cosack: a. a. O. S. 810 zu c; so auch Stübe: a. a. O. S. 17: „Wir sehen beide, wenn auch nicht gerade notwendigerweise feindlich, so doch als Rivalen einander gegenüberstehen."

8) Siegert: a. a. O. S. 53.

die Bestimmung in § 53 GBO., wonach mit der Eintragung des Erben auch das Bestehen der Testamentsvollstreckung eingetragen werden muß, die Berufung auf den guten Glauben ausgeschlossen ist. Dieser Schlußfolgerung Siegerts ist nicht beizupflichten, sobald man in ihr eine allgemeine Regel, d. h. die Beschränkung des § 2211 Abs. 2 BGB. auf den Mobiliarverkehr, erblickt. Denn einmal gibt für eine derartige Beschränkung der Wortlaut des Abs. 2 des § 2211 BGB. durchaus keinen Anhaltspunkt. Aber auch weiterhin trifft Siegert mit seiner Schlußfolgerung nur den allgemeinen Regelfall. Er hat vollkommen Recht, daß bei der Eintragung des Erben auch das Vorhandensein eines Testamentsvollstreckers, sogar von Amtswegen, einzutragen und, sobald diese Eintragungen im Grundbuche gemacht sind, auch die Berufung auf den guten Glauben ausgeschlossen ist. Daß ein Testamentsvollstrecker ernannt ist, kann aber nur eingetragen werden, wenn der Grundbuchrichter hiervon Kenntnis hat. Oft genug ist dies aber nicht der Fall und kann mithin der Grundbuchrichter auch eine derartige Eintragung nicht machen. Wie ist es dann, soll und ist auch dann die Berufung auf den guten Glauben ausgeschlossen? Man denke nur an folgenden praktischen Fall, den im übrigen Siegert*) selbst, allerdings nur bezüglich der Prozeßführung, trotz der oben wiedergegebenen Ansicht andeutet: Der Erbe ist auf Grund eines beigebrachten Erbscheines als Eigentümer des Nachlaßgrundstückes im Grundbuche eingetragen worden und läßt dieses nunmehr an einen Dritten auf. Der Erbschein besagt entgegen der Vorschrift des § 2364 Abs. 1 BGB. infolge eines Versehens nichts über das Bestehen der Testamentsvollstreckung, auch ist im Grundbuche dies nicht eingetragen, weder von Amtswegen gemäß § 53 GBO. noch im Wege des Widerspruchs nach § 54 GBO., vielmehr hat der Erbe unmittelbar nach seiner Eintragung als Eigentümer, die an sich ja garnicht erforderlich ist (§ 41 GBO.), das Grundstück weiteraufgelassen. Unzweifelhaft und ohne jedes Bedenken wird der Grundbuchrichter, gestützt auf die §§ 36, 41 GBO., dem Antrage des Dritten auf Eintragung der Eigentumsänderung in das Grundbuch nach voraufgegangener Bewilligung des Erben, daß dieses geschieht, stattgeben. Um nun aber zu der materiellen Seite des gesetzten Falles, die ja gerade hier in Frage steht, zu kommen, sei angenommen, daß der Dritte davon, daß ein Testamentsvollstrecker ernannt ist, keine Kenntnis hat. Ist er unter diesen Umständen Eigentümer geworden,

*) Siegert: a. a. O. S. 53.

hat er gutgläubig oder in schlechtem Glauben erworben und steht ihm eventuell der gute Glaube zur Seite? Oder ist ihm die Berufung auf diesen zu versagen?

Unzweifelhaft müssen hier die „allgemeinen Vorschriften über Rechte an Grundstücken“ einsetzen und den Dritten als rechtmäßigen Erwerber schützen, d. h. die Bestimmung des § 2211 Abs. 2 BGB., daß die Vorschriften zu Gunsten derjenigen, welche Rechte von einem Nichtberechtigten herleiten, entsprechende Anwendung finden, wird nicht, wie Siegert scheinbar allgemein meint, durch die Vorschrift des § 53 GBO., daß bei der Eintragung des Erben die Ernennung eines Testamentsvollstreckers miteinzutragen ist, in seiner Anwendbarkeit auf die unbeweglichen Sachen, die Grundstücke, außer Kraft gesetzt, sondern er erstreckt sich ebenso wie auf die beweglichen Sachen auch auf diese[10]).

Als Vorschriften zu Gunsten derjenigen, welche Rechte von einem Nichtberechtigten herleiten (§ 2211 Abs. 2 BGB.) kommen somit diejenigen Gesetzesbestimmungen zur Anwendung, die den gutgläubigen Erwerber schützen, insbesondere die §§ 892, 893 BGB. für das Grundbuchrecht, die §§ 932 ff., 1032, 1207 BGB. für die beweglichen Sachen.

Also auch in materieller Hinsicht liegt der gegebene Fall ganz klar; der Dritte hatte von der Beschränkung des Erben in seiner Verfügungsmacht keine Kenntnis, auch war dies aus dem Grundbuche nicht ersichtlich, da diese Tatsache im Grundbuche ja nicht eingetragen war. Somit greift zu Gunsten des Dritten § 892 Abs. 1 Satz 2 BGB. durch, der besagt: „Ist der Berechtigte in der Verfügung über ein im Grundbuch eingetragenes Recht zu Gunsten einer bestimmten Person beschränkt, so ist die Beschränkung dem Erwerber gegenüber nur wirksam, wenn sie aus dem Grundbuch ersichtlich oder dem Erwerber bekannt ist.“ Der Dritte ist also vollgültig Eigentümer geworden. Ebenso läge der Fall in Berücksichtigung des § 893 BGB. Diese beiden Gesetzesvorschriften, §§ 892, 893 BGB., sind die Hauptbestimmungen, die für das Grundbuchrecht in § 2211 Abs. 2 BGB. angezogen sind, d. h. als Vorschriften zu Gunsten derjenigen, welche Rechte von einem Nichtberechtigten herleiten, Anwendung fin-

---

[10]) Andrée: a. a. O. S. 51; Cosack: a. a. O. S. 811. II. Band. Henle in Fischer-Henle: a. a. O. § 2211 Anm. 3; Andrée: a. a. O. S. 51 Anm. 1 und S. 52 Anm. 2; Marcus: a. a. O. S. 66; Staudinger (Erbrecht): a. a. O. S. 503 zu 4; Frommhold: a. a. O. § 2211 S. 202 zu 3; Enneccerus-Lehmann: Das Bürgerliche Recht. II. Band 1898 S. 604 § 221 zu 1; Weißler: a. a. O. S. 192 zu 11.

den. Für das Grundbuchrecht ist somit hinsichtlich der Testamentsvollstreckung an der allgemeinen Regel festzuhalten, daß, wenn der Erbe über ein im Grundbuch eingetragenes, der Verwaltung des Testamentsvollstreckers unterliegendes Recht verfügt, der Dritte dieses rechtswirksam erwirbt, sobald die Ernennung eines Testamentsvollstreckers ihm nicht bekannt oder aus dem Grundbuch nicht ersichtlich ist. Das Moment der Redlichkeit beruht hier auf dem positiven Nichtkennen, es steht aber Kennen müssen, also die Unkenntnis aus selbst grober Fahrlässigkeit, der Kenntnis nicht gleich.[11]) Ueber den Zeitpunkt, der für die Beurteilung des Vorhandenseins des guten Glaubens in Betracht kommt, trifft § 892 Abs. 2 BGB. ausdrücklich Bestimmung.

Daß von der Bestimmung des § 2211 Abs. 2 BGB. die beweglichen Sachen getroffen werden, ist mit Siegert in der Literatur unbestritten. Nur fragt es sich, ob die oben angeführten Paragraphen des BGB. (§§ 932 flg., 1032, 1207 BGB.) ohne weiteres als diejenigen Vorschriften, welche Rechte von einem Nichtberechtigten herleiten, in Anwendung zu bringen sind.

§ 932 Abs. 1 BGB. — nur dieser ist hier zu betrachten, da die §§ 1032, 1207 BGB. auf ihn zurückverweisen — besagt, daß der Erwerber auch dann Eigentümer wird, wenn die Sache nicht dem Veräußerer gehört, es sei denn, daß er zu der Zeit, zu der er das Eigentum erwerben würde, nicht in gutem Glauben ist, d. h. es wird der gutgläubige Erwerber auch dann Eigentümer, wenn er die Sache auch vom Nichteigentümer erwirbt. § 932 BGB. gewährt somit dem guten Glauben nur insoweit Schutz, als er sich auf das Eigentumsrecht bezieht, dagegen wird ein — selbst unverschuldeter — Irrtum auf Seiten des Erwerbers über sonstige Mängel des Veräußerungsgeschäftes, z. B. die Verfügungsberechtigung des Veräußerers, durch § 932 BGB. an sich nicht gedeckt[12]), also der auch gutgläubige Erwerb vom Nichtverfügungsberechtigten geradezu gehindert. Gerade um den Erwerb dieser Art handelt es sich aber bei der Testamentsvollstreckung; denn besteht eine solche, so erwirbt man, wenn man von dem Erben erwirbt, zwar vom Eigentümer, aber von dem Nichtverfügungsberechtigten, und es würde dann die Berufung auf § 932 BGB. den Zweck und die Absicht, die mit § 2211 Abs. 2 BGB. verfolgt sind, geradezu vereiteln. Diesem

---

[11]) Dernburg (Bürg. Recht. Band 3): a. a. O. S. 145. Cosack: a. a. O. 42c. Fischer in Fischer-Henle: a. a. O. Anm. 6 zu § 892.

[12]) Fischer in Fischer-Henle: a. a. O. Anm. 8a zu § 932 BGB.

Uebelstande wird dadurch abgeholfen, daß fast alle Autoren[13]) die Uebereignung, die von einem Eigentümer ausgeht, dem die Veräußerung durch gesetzliches Verbot untersagt ist, analog der Uebereignung behandeln, die ein Nichteigentümer vornimmt. Also überall da, wo die Vorschriften zu Gunsten derjenigen, welche Rechte von einem Nichtberechtigten herleiten, Anwendung finden, greifen im Wege der Analogie die §§ 932 flg. BGB. Platz, somit auch für die Fälle des § 2211 Abs. 2 BGB. Mit Recht sind daher oben die §§ 932 flg., 1032, 1207 BGB. hinsichtlich der Testamentsvollstreckung für anwendbar erklärt worden.

Auch für die beweglichen Sachen hat das BGB. genau festgelegt, was unter dem guten Glauben zu verstehen ist, allerdings nach der negativen Seite hin, indem es in § 932 Abs. 2 BGB. bestimmt, daß der Erwerber nicht in gutem Glauben ist, wenn ihm bekannt oder infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt ist, daß die Sache nicht dem Veräußerer gehört. Mit Rücksicht auf § 2211 Abs. 2 BGB. ist diese Bestimmung also dahin auszulegen, daß dem Erwerber, und zwar zu der Zeit des Erwerbes (§ 932 Abs. 1 BGB.), nicht bekannt oder infolge grober Fahrlässigkeit nicht unbekannt sein darf, daß über die betreffende Sache der Erbe zu verfügen nicht berechtigt ist, weil ihm ein Testamentsvollstrecker eingesetzt ist. Hier steht also im Gegensatz zu dem Erwerb von Rechten an Grundstücken die Unkenntnis auf Grund grober Fahrlässigkeit der positiven Kenntnis gleich.

Das Endergebnis ist hiernach hinsichtlich der beweglichen sowie unbeweglichen Sachen, daß derjenige, der bei Vorhandensein eines Testamentsvollstreckers in gutem Glauben vom Erben erwirbt, auch Eigentümer wird, diese Folge dagegen nicht eintritt, sobald den Dritten der gute Glaube verläßt. In letzterem Falle ist das zwischen dem Erben und dem Dritten abgeschlossene Rechtsgeschäft für den eigentlich Berechtigten, den Testamentsvollstrecker, nicht geschehen. Wie weit reicht nun aber in diesem Falle die Verfügungsmacht des Testamentsvollstreckers, erstreckt sie sich etwa derart weit, daß sich der Dritte nicht einmal an den Erben halten kann oder sind die Verfügungsgeschäfte zwischen ihm und dem Erben wirksam?

Daß dies nicht möglich ist, solange der betreffende Gegenstand sich in der Verwaltungs- und Verfügungsmacht des Testamentsvollstreckers befindet, ergibt das oben Gesagte;

---

[13]) u. a. Cosack: a. a. O. S. 124; Dernburg: a. a. O. (Bürgerliches Recht Band 3) S. 309 Anm. 16.

sonst könnte und würde ja in die an sich unantastbare Verfügungsmacht des Vollstreckers willkürlich eingegriffen werden. Hier ist nur die Möglichkeit gegeben, daß der Testamentsvollstrecker als der einzig Berechtigte eingreift und die vom Erben getroffene ungiltige Verfügung genehmigt. Dann wird diese gemäß § 185 Abs. 2 BGB. wirksam, sie stellt sich aber dann nicht mehr als Verfügung des nichtberechtigten Erben, sondern als Verfügung des Testamentsvollstreckers dar.

Wie steht es nun aber weiterhin, kann z. B. der Erbe nach Beendigung des Amtes des Testamentsvollstreckers oder in dem Zeitpunkte, in dem dieser den betreffenden Nachlaßgegenstand, über den der Erbe als Nichtberechtigter verfügt hatte, diesem unmittelbar hiernach zur freien Verfügung gemäß § 2217 BGB. überläßt, seiner an sich unwirksamen Verfügung zur Wirksamkeit verhelfen, sodaß der Dritte, der Erwerber, Rechte aus ihr erlangt? Oder gebietet hier die Verfügungsmacht des Testamentsvollstreckers, d. h. der Umstand, daß der Erbe über den Gegenstand zu einer Zeit verfügt hat, zu der dieser noch der Verfügungsmacht des Vollstreckers unterstanden hat, Einhalt? Letzteres ist zu verneinen! Auch hier ist wiederum auf das oben Gesagte zu verweisen. Mit dem Augenblicke, in dem das Amt des Testamentsvollstreckers aufhört oder er den betreffenden Gegenstand dem Erben zur freien Verfügung überläßt, endigt eben, wie oben ausgeführt, die Verfügungsmacht des Vollstreckers über diesen Gegenstand und lebt die des Erben auf. Der Erbe kann nunmehr über den Gegenstand verfügen und es steht nichts der Möglichkeit entgegen, daß er seine ursprüngliche Verfügung jetzt in eine vollwirksame Verfügung umwandelt. Er braucht seine ehemalige Verfügung jetzt als Berechtigter gegenüber dem Dritten nur zu bestätigen, die Bestätigung ist dann gemäß § 141 BGB. als erneute Vornahme zu beurteilen.

Ob aber die während des Bestehens der Testamentsvollstreckung getroffene Verfügung des Erben in dem Zeitpunkte, in dem die Vollstreckung zu wirken aufhört, auch von selbst wirksam wird oder nicht, ob also das Verbot des § 2211 Abs. 1 BGB. als relatives im Sinne des § 135 BGB. oder als absolutes gemäß § 134 BGB. aufzufassen ist, kann hier nicht näher dargetan werden, da diese Frage außerhalb des hier zu behandelnden Stoffes liegt. Für diesen genügt es völlig festzustellen, daß sich die Grenzen der Verfügungsmacht des Testamentsvollstreckers nicht derart weit erstrecken, daß die während deren Bestehen einmal rechtsungiltig vorgenommene

Verfügung des Erben nicht für alle Zeiten rechtsungiltig bleibt, vielmehr später, sobald des Vollstreckers Verfügungsmacht aus dem einen oder anderen Grunde in Wegfall kommt, wirksam werden kann; ob dies aber von selbst oder erst durch ein Zutun, durch eine rechtliche Handlung des Erben möglich ist, ist hier völlig gleichgiltig.

b) Die Verfügungsmacht des Testamentsvollstreckers hinsichtlich der Ausführung der letztwilligen Verfügungen des Erblassers (§ 2203 BGB.)

Wie bereits erwähnt, hat der Testamentsvollstrecker innerhalb der ihm kraft Gesetzes zustehenden Verfügungsmacht gemäß § 2203 BGB. das Recht, die letztwilligen Verfügungen des Erblassers zur Ausführung zu bringen. Entgegen der entsprechenden Bestimmung des 1. Entwurfes spricht das Gesetz ausdrücklich aus, daß der Testamentsvollstrecker nicht nur die Sorge für die Ausführung des Testamentes hat, also nicht nur darauf beschränkt ist, die Ausführung zu überwachen oder fordern zu dürfen, es legt ihm vielmehr eine vollkommen freie, selbständige Stellung bei, d. h. er hat, wie Planck[1]) treffend sagt, das Recht, unmittelbar ausführend als „Vollstrecker" tätig zu werden. Demgemäß ist der Testamentsvollstrecker befugt, von dem Rechte des § 2205 Satz 2 BGB., über die Nachlaßgegenstände zu verfügen, insoweit Gebrauch zu machen, als die einzelnen Verfügungen auf die Ausführung der letztwilligen Anordnungen des Erblassers sich beziehen und hinsichtlich dieser erforderlich sind. Der Vollstrecker hat vor allem das Recht, die Vermächtnisse an die Bedachten auszuhändigen sowie gemäß § 83 BGB. die Genehmigung zu einer vom Erblasser letztwillig errichteten Stiftung einzuholen.[2])

Die freie, selbständige Stellung des Testamentsvollstreckers hinsichtlich seiner Verfügungsmacht bei Ausführung der letztwilligen Anordnungen geht weiterhin dahin, daß er **über** den Erben steht und seine diesbezügliche Verfügungsmacht in etwaigen Anordnungen der Erben nicht ihre Grenze findet. Es spricht nichts dafür, daß der Testamentsvollstrecker sich nach diesen bei Ausführung der letztwilligen Verfügungen des Erblassers zu richten hat, daß er durch derartige Anordnungen der Erben, selbst wenn sämtliche Erben diese ab-

---

[1]) Planck: a. a. O. (V. Band) S. 394. Erl. 1 zu § 2203; ebenso Siegert: a. a. O. S. 45; Marcus: a. a. O. S. 61; Brettner: a. a. O. S. 220.

[2]) Cosack: a. a. O. (II. Band) S. 809. III. 1a; Henle in Fischer-Henle: a. a. O. Anm. 2 zu § 2203; Marcus: a. a. O. S. 62; Brettner: a. a. O. S. 220.

weichend von den Bestimmungen des Erblassers in voller Uebereinstimmung getroffen haben, gebunden ist[3]).

c) **Die Verfügungsmacht des Testamentsvollstreckers hinsichtlich der Berechtigung, die Auseinandersetzung unter den Miterben zu bewirken. (§ 2204 BGB.)**

Der allgemeinen Verfügungsmacht des Testamentsvollstreckers, wie sie oben in Anlehnung an § 2205 Satz 2 BGB. dargelegt worden ist, entspringt weiterhin das Recht, die Auseinandersetzung unter den Miterben zu bewirken (§ 2204 Abs. 1 BGB.). Dieses Recht steht dem Testamentsvollstrecker nach BGB. ohne weiteres zu, nicht etwa wie nach dem I. Entwurf (§ 1898 Abs. 1) nur in bestimmten Fällen, so daß der Vollstrecker auf Grund seiner allgemeinen Verfügungsmacht aus § 2205 Satz 2 BGB. Verfügungen hinsichtlich der Auseinandersetzung an sich vornehmen, also einzelne Nachlaßgegenstände mit dinglicher Wirkung auf die einzelnen Erben übertragen kann. Auch hinsichtlich dieses besonderen Teiles seiner gesetzlichen Verfügungsmacht ist der Testamentsvollstrecker an sich frei und selbständig. Denn er, d. h. er selbst, hat, wie § 2204 Abs. 1 BGB. bestimmt, die Auseinandersetzung zu bewirken, er vermittelt also diese nicht nur wie das Nachlaßgericht für den Fall des Nichtvorhandenseins eines Testamentsvollstreckers, sondern er führt auch hier selbst[1]) aus im Gegensatz zum I. Entwurf (§ 1898), nach dem der Testamentsvollstrecker nur eine vermittelnde Stellung einnimmt. Während nach dem BGB. weiterhin der Testamentsvollstrecker derart frei gestellt ist, daß im Falle seines Vorhandenseins gemäß § 86 Abs. 1 FGB. ein Auseinandersetzungsverfahren vor dem Nachlaßgericht nicht stattfindet, setzt das Gesetz auf der anderen Seite der freien Verfügungsmacht bezüglich der Auseinandersetzung gewisse Schranken.

Zunächst bestimmt nämlich Abs. 1 des § 2204 BGB., daß der Testamentsvollstrecker nach Maßgabe der §§ 2042 bis 2056 BGB. die Auseinandersetzung zu bewirken hat; diese Vorschriften, insbesondere die nach § 2042 Abs. 2 BGB. anwendbaren allgemeinen Vorschriften über die Gemeinschaft, hat der Vollstrecker bei der Auseinandersetzung zu beobachten. Er hat, falls der Erblasser von dem Rechte des § 2048 BGB.

---

[3]) Siegert: a. a. O. S. 46; Marcus: a. a. O. S. 61; Seckt: a. a. O. S. 81 § 18; Dernburg (Bürgerliches Recht Band V): a. a. O. S. 390 zu I; Henle in Fischer-Henle: a. a. O. § 2203 Anm. 1; Frommhold: a. a. O. § 2203 zu 2; Staudinger (Erbrecht): a. a. O. S. 489 zu a; Weißler: a. a. O. S. 186 zu 8 und S. 187; Planck: a. a. O. (V. Band) S. 394; Freudenheim: a. a. O. S. 29.

[1]) Dernburg (Bürgerliches Recht (Band 5): a. a. O. S. 392; Wolff: a. a. O. S. 43; Siegert: a. a. O. S. 47; Planck: a. a. O. (V. Band) S. 395 zu § 2204. Erl. 1; Patzelt: a. a. O. S. 39 ff.

Gebrauch gemacht, nämlich durch letztwillige Verfügung Anordnungen für die Auseinandersetzung getroffen oder diese dem billigen Ermessen des Vollstreckers — dieser kann im Sinne des Gesetzes der Dritte sein[2]) — überlassen hat, diese Anordnungen des Erblassers bei der Auseinandersetzung zu befolgen, anderenfalls diese unter Berücksichtigung der gesetzlichen Teilungsvorschriften zu bewirken und kann nur demgemäß Verfügungen bezüglich der Auseinandersetzung vornehmen. Es fragt sich jedoch, ob Vereinbarungen der Erben bezw. deren einstimmige Beschlüsse in irgend einem Falle den Vollstrecker hinsichtlich der Auseinandersetzung binden oder seine Verfügungsmacht sich derart weit erstreckt, daß er sich über diese hinwegsetzen kann.

Zweifellos ist, daß Vereinbarungen oder Beschlüsse der Erben der Verfügungsmacht des Testamentsvollstreckers, wenn überhaupt, nur dann Einhalt gebieten können, wenn sie im Rahmen der Gesetzesvorschriften liegen. Doch selbst wenn dies der Fall ist, wird im allgemeinen der Testamentsvollstrecker in seiner Verfügungsmacht durch Vereinbarungen oder Beschlüsse der Erben nicht gehemmt, vielmehr kann er derenungeachtet gemäß den Anordnungen des Erblassers oder dem billigen Ermessen oder den gesetzlichen Vorschriften seine Verfügungsmacht hinsichtlich der Auseinandersetzung ausüben[3]). Daß Vereinbarungen der Erben den Testamentsvollstrecker binden, soweit sie von den nach § 2048 BGB. getroffenen Anordnungen abweichen, dafür gibt das Gesetz ebenso wenig wie hinsichtlich des § 2203 BGB. einen Anhalt. Der Absatz 2 des § 2204 BGB. spricht, wie es äußerlich vielleicht scheinen mag, nicht dafür. Denn er macht es dem Vollstrecker nur zur Pflicht, die Erben vor der Auseinandersetzung über den Auseinandersetzungsplan zu hören, er schreibt aber nicht vor, daß im Falle der Erhebung eines Widerspruches durch die Erben die Ausführung des Planes bis zur Erledigung dieses Widerspruches hinausgeschoben werden muß[4]), wie der I. Entwurf

---

[2]) So Staudinger: a. a. O. V. Band. Anm. 2 zu § 2204; Weißler: a. a. O. S. 188. Anm. 30.

[3]) Frommhold: a. a. O. § 2204 zu 2; Staudinger (Erbrecht): a. a. O. § 2204 zu 2; Enneccerus-Lehmann: a. a. O. S. 596 zu 5; Weißler: a. a. O. S. 188; Planck: a. a. O. (V. Band) S. 396 Erl. 1 zu § 2204 und S. 396 Erl. 2e; Meischeider: a. a. O. S. 492; Freudenheim: a. a. O. S. 29; Henle in Fischer-Henle: a. a. O. Anm. 1 zu § 2204.

[4]) Freudenheim: a. a. O. S. 29; Siegert: a. a. O. S. 48; Henle in Fischer-Henle: a. a. O. § 2204 Anm. 3; Planck: a. a. O. (V. Band) S. 397. Erl. 3 zu § 2204; Staudinger: a. a. O. (V. Band) S. 492; Endemann: a. a. O. (III. Band) S. 224 Anm. 18.

es bestimmte. Sonach wird durch die Bestimmung des § 2204 Abs. 2 BGB. die Verfügungsmacht des Testamentsvollstreckers nicht geschmälert.

Wenn nun aber hinsichtlich der Auseinandersetzung in Ermangelung besonderer Anordnungen des Erblassers sowie der Bestimmung seinerseits, daß der Testamentsvollstrecker nach billigem Ermessen die Auseinandersetzung bewirken soll, die gesetzlichen Teilungsvorschriften an sich vom Vollstrecker zu befolgen sind, die Erben aber einen von diesen abweichenden selbst einstimmigen Beschluß gefaßt haben, muß sich der Vollstrecker dann diesem fügen oder verschafft ihm seine Verfügungsmacht ein Recht dazu, diesen unbeachtet zu lassen? Im allgemeinen ist auch hier die Gebundenheit des Vollstreckers durch einen derartigen Beschluß der Erben zu verneinen[5]). Denn wenngleich die in § 2042 Abs. 2 BGB. aufgeführten Vorschriften über die Gemeinschaft, insbesondere die §§ 752—754 BGB., dispositiver Natur sind, so ist damit doch noch nicht im Falle einer tatsächlich erfolgten Disposition deren Wirkung gegen Dritte, also hier gegen den Testamentsvollstrecker, gegeben[6]). Die etwa getroffene Abweichung wirkt nur zwischen denjenigen Personen, die sie vereinbart haben, mithin zwischen den Erben, nicht aber gegen den Vollstrecker, der als Inhaber eines eigenen Rechtes als Dritter zu betrachten ist. Selbstredend kann der Testamentsvollstrecker sich der von den Erben getroffenen Abweichung anschließen und sie der Auseinandersetzung zu Grunde legen, verpflichtet hierzu ist er aber im allgemeinen nicht.

Eine Ausnahme von dieser Regel ist nur in § 2042 BGB. in Verbindung mit § 749 Abs. 2 BGB. gegeben[7]). § 2042 BGB. sagt nämlich: „Jeder Miterbe kann die Auseinandersetzung verlangen", d. h. er ist hierzu berechtigt; es ist hiermit dem Erben nur ein Recht auf Auseinandersetzung gegeben, nicht aber eine Pflicht zu dieser für ihn statuiert. Dieses Recht der Erben kann durch Vereinbarung untereinander gemäß § 749 Abs. 2 BGB. für immer oder auf Zeit

---

[5]) Brettner: a. a. O. S. 220; Planck: a. a. O. (V. Band) S. 396 Erl. 2e zu § 2204; a. M. Siegert: a. a. O. S. 48.

[6]) So Planck: a. a. O. (V. Band) S. 396 Erl. 2e zu § 2204.

[7]) vgl. Marschner: a. a. O. S. 81; Marcus: a. a. O. S. 63; Arnold: a. a. O. S. 35; Sturm: 1898 a. a. O. S. 71; Meischeider: a. a. O. S. 492; Henle in Fischer-Henle: a. a. O. § 2042 Anm. 2; Planck: a. a. O. (V. Band) S. 397. Erl. 2e zu § 2204; a. M. Brettner: a. a. O. S. 220; Cosack: a. a. O. (II. Band) S. 811 3. a. B.: „Die Anordnungen der Erben braucht der Testamentsvollstrecker überhaupt nicht zu befolgen"; ebenso allgemein Endemann: a. a. O. (III. Band) S. 224. 3a).

ausgeschlossen werden. Vereinbaren nun die Erben, sich in Ansehung des Nachlasses nicht auseinanderzusetzen, sondern in der Erbengemeinschaft zu verbleiben, so ist an diese Vereinbarung auch der Vollstrecker[8]) gebunden. Anderenfalls wäre die Verweisung in § 2204 BGB. auf § 2042 BGB., der ja seinerseits wiederum auf § 749 Abs. 2 BGB. Bezug nimmt, überflüssig und würden die Erben in dem ihnen an sich zustehenden Rechte zu einer solchen Vereinbarung durch das Bestehen der Testamentsvollstreckung geradezu beschnitten werden. Das ist jedoch nicht anzunehmen und im Gesetze auch nicht ausgesprochen.

Ist somit der Testamentsvollstrecker an den Beschluß der Erben, sich nicht auseinanderzusetzen, oder an die Anordnungen des Erblassers oder die gesetzlichen Vorschriften zwar gebunden, so geht auf der anderen Seite seine Verfügungsmacht derart weit, daß die etwa doch erfolgte oder den Anordnungen des Erblassers oder gesetzlichen Vorschriften zuwider bewirkte Auseinandersetzung, d. h. die innerhalb dieser vorgenommenen und getroffenen Verfügungen wirksam bleiben[9]). Hiervon wird natürlich das Recht der Erben, sich an dem Vollstrecker schadlos zu halten oder seine Entlassung bei dem Nachlaßgericht zu beantragen, nicht getroffen.

3. Innerhalb des gewillkürten Wirkungskreises.

a) Allgemeines.

Die soeben dargelegte gesetzliche Verfügungsmacht des Testamentsvollstreckers kann, wie bereits erwähnt worden ist, Aenderungen erleiden. Der Erblasser kann dem Testamentsvollstrecker das eine Verfügungsrecht nehmen, das andere belassen. Doch er kann dies u. E. nur in dem vom Gesetze zugelassenen Rahmen[1]), nicht, wie einzelne Schriftsteller[2]) bezüglich der Befugnisse des Vollstreckers ganz allgemein behaupten, diese beliebig einengen und verändern. Wäre dies der Fall, so würde der Erblasser, wie Seckt[3]) nicht nur hervor-

---

[8]) Planck: a. a. O. (V. Band) S. 397 Erl. 2e zu § 2204; Marschner: a. a. O. S. 81; Staudinger (Erbrecht): a. a. O. § 2204 zu 1; Frommhold: a. a. O. § 2204 zu 2.

[9]) Arnold: a. a. O. S. 37; Siegert: a. a. O. S. 49 § 7; Staudinger: a. a. O. (Erbrecht) S. 492 Anm. 2 zu § 2204.

[1]) Staudinger: a. a. O. (V. Band) S. 499 Anm. 3 zu § 2208; Planck: a. a. O. (V. Band) Erl. 3 zu § 2208.

[2]) Siegert: a. a. O. S. 45 § 7, S. 58 § 9; Wiebering: a. a. O. S. 2; Arnold: a. a. O. S. 34 § 2; Freudenheim: a. a. O. S. 30.

[3]) Seckt: a. a. O. S. 47, 48.

hebt, sondern an Beispielen erläutert, durch Ernennung eines Testamentsvollstreckers in die Lage gesetzt werden, gesetzlich unzulässigen Verfügungen — mögen sie gegen allgemeine Rechtsgrundsätze verstoßen, mögen sie die Rechte der Nachlaßgläubiger oder der Erben unstatthaft beschränken — zu Kraft zu verhelfen. Dem Erblasser eine derart weitgehende Macht beizulegen, ist nach dem Gesetze nicht nur nicht gerechtfertigt, sondern geradezu unhaltbar. Denn dieses stellt für den gewillkürten Wirkungskreis des Testamentsvollstreckers ganz bestimmte positive Vorschriften auf. Diese allein sind auch für die Verfügungsmacht des Testamentsvollstreckers innerhalb dieses Wirkungskreises maßgebend.

b) Beschränkungen der Verfügungsrechte des Testamentsvollstreckers

Zunächst bestimmt § 2208 Abs. 1 Satz 1 BGB., daß der Testamentsvollstrecker die in den §§ 2203 bis 2205 bestimmten Verfügungsrechte nicht hat, soweit anzunehmen ist, daß sie ihm nach dem Willen des Erblassers nicht zustehen sollen. Den dahingehenden Willen braucht der Erblasser nicht ausdrücklich zu erwähnen, vielmehr genügt jeder Umstand, der auf diesen Willen schließen läßt[1]). Dieser Wille kann jedoch die gesetzlichen Verfügungsrechte dem Testamentsvollstrecker nur nehmen, ihm aber nicht mehr Verfügungsrechte beilegen, als der gesetzliche Wirkungskreis enthält[2]). Dies besagt ausdrücklich der § 2208 Abs. 1 Satz 1 BGB., so daß allein schon aus diesem Grunde nicht zu verstehen ist, wie die oben genannten Schriftsteller neben der beliebigen Einengung der gesetzlichen Befugnisse noch von einer beliebigen Veränderung dieser sprechen können.

Es gestaltet sich sonach die Verfügungsmacht des Testamentsvollstreckers, sobald ihm nur der gewillkürte Wirkungskreis zusteht, wie folgt: Stehen ihm die gesetzlichen Verfügungsrechte der §§ 2203 bis 2205 BGB. nicht zu, so kann er sie auch nicht ausüben, d. h. er hat nicht das Recht, die letztwilligen Verfügungen des Erblassers zur Ausführung zu bringen (§ 2203 BGB.), nicht das Recht, die Auseinandersetzung unter den Miterben zu bewirken (§ 2204 BGB.) und schließlich auch nicht das Recht, über die Nachlaßgegenstände zu verfügen (§ 2205 Satz 2 BGB.). Für den Fall, daß der Testamentsvollstrecker Verfügungen des Erblassers nicht selbst zur Ausführung zu bringen berechtigt ist, hat er nach Abs. 2

---

[1]) Henle in Fischer-Henle: a. a. O. § 2208 Anm. 1; Andrée: a. a. O. S. 48 § 15; Maeder: a. a. O. S. 48; Siegert: a. a. O. S. 58 § 9; Brettner: a. a. O. S. 230. VII; a. M. Marcus: a. a. O. S. 61, 68.

[2]) Andrée: a. a. O. S. 54 § 16; a. M. S. 64 hinsichtlich § 2217 BGB.

des § 2208 BGB., vorausgesetzt daß nicht ein anderer Wille des Erblassers anzunehmen ist, das Recht, die Ausführung von dem Erben zu verlangen. Schließlich bestimmt § 2208 in Satz 2 des Abs. 1, daß der Testamentsvollstrecker, sobald seiner Verwaltung nur einzelne Nachlaßgegenstände unterliegen, das im § 2205 Satz 2 bestimmte Verfügungsrecht nur in Ansehung dieser Gegenstände hat. Während in diesem Falle dem Vollstrecker die Rechte aus § 2203 und § 2204 BGB. verbleiben, kann ihm das Recht aus § 2205 Satz 3 BGB., nämlich unentgeltliche Verfügungen nur insoweit einzugehen, als sie einer sittlichen Pflicht oder einer auf den Anstand zu nehmenden Rücksicht entsprechen, nicht beschränkt, auch nicht erweitert werden. Denn das Gesetz sagt hierüber nichts[3]). Insbesondere hieran zeigt sich die Richtigkeit der oben vertretenen Ansicht, daß der Erblasser nur insoweit den Wirkungskreis des Testamentsvollstreckers bestimmen und begrenzen kann, als es das Gesetz gestattet.

c) Erweiterung der Verfügungsrechte des Testamentsvollstreckers.

Neben der Beschränkung der gesetzlichen Befugnisse des Testamentsvollstreckers kennt das Gesetz auch die Erweiterung dieser. Jedoch nur in einem Falle, nämlich bezüglich der Eingehung von Verbindlichkeiten für den Nachlaß (§ 2207 BGB.). Dieses Recht des Testamentsvollstreckers gehört jedoch, wie oben ausgeführt worden ist, nicht zu seiner Verfügungsmacht und mithin nicht zur vorliegenden Abhandlung. Es kann sonach der gewillkürte Wirkungskreis des Testamentsvollstreckers hinsichtlich seiner Verfügungsmacht nur durch Beschränkung, nicht aber Erweiterung seiner gesetzlichen Verfügungsrechte zur Entstehung gelangen. Wie sich die Verfügungsmacht des Vollstreckers innerhalb des gewillkürten Wirkungskreises im einzelnen gestaltet, ergeben die Ausführungen über seine Verfügungsmacht innerhalb des gesetzlichen Wirkungskreises.

---

[3]) Andrée: a. a. O. S. 54 § 16; Brettner: a. a. O. S. 221, auch Anm. 6.

§ 5.

Grenzen der Verfügungsmacht des Testamentsvollstreckers allgemeiner Art.

Zum Schluß sind noch einige Grenzen der Verfügungsmacht des Testamentsvollstreckers allgemeiner Art zu erwähnen. Diese sind zwar im Gesetze nicht ausdrücklich ausgesprochen, jedoch durch die Natur der Testamentsvollstreckung als solcher sowie anderer Institute gegeben. Diese Grenzen erstrecken sich auf die Verfügungsmacht des Testamentsvollstreckers innerhalb des gesetzlichen sowie des gewillkürten Wirkungskreises.

I. Umfang der Verfügungsrechte des Testamentsvollstreckers bei Eröffnung des Nachlaßkonkurses oder Anordnung der Nachlaßverwaltung.

Die Verfügungsmacht des Testamentsvollstreckers ist zunächst wie all seine Befugnisse eingeschränkt, sobald Nachlaßkonkurs eröffnet oder Nachlaßverwaltung angeordnet ist.[1]) Ist der Testamentsvollstrecker selbst nicht Konkurs- oder Nachlaßverwalter, so treten seine Verfügungsrechte hinter der Verfügungsmacht dieser Verwalter zurück.[2]) Denn anderenfalls wäre der Zweck des Nachlaßkonkurses und der Nachlaßverwaltung vereitelt und könnte der Testamentsvollstrecker den Verfügungen der erwähnten Verwalter zuwiderhandeln. Daß aber die Verfügungen des Konkurs- und Nachlaßverwalters denen des Testamentsvollstreckers vorgehen, ergibt allein schon der Umstand,[3]) daß der Erbe in seinem Rechte, die persönliche Haftung für Nachlaßverbindlichkeiten auf den Nachlaß zu beschränken, durch die Anordnung der Testamentsvollstreckung, also durch letztwillige Verfügung des Erblassers, nicht gekürzt werden kann, das Gesetz ein derartiges Recht dem Erblasser auch nicht beilegt. Hiernach bleiben dem Testa-

---

[1]) Henle in Fischer-Henle: a. a. O. Bemerkungen vor §§ 2197 ff. S. 1113; a. M. Brettner: a. a. O. S. 222, der eine Nachlaßverwaltung für ausgeschlossen hält.

[2]) Weißler: a. a. O. S. 191; Siegert: a. a. O. S. 43, 44.

[3]) Weißler: a. a. O. S. 191; Seckt: a. a. O. S. 95 B.

mentsvollstrecker, wie Henle[4]) und Planck[5]) sagen, nur die Rechte, also auch nur diejenigen Verfügungsrechte, die sonst dem Erben neben dem Konkurs- oder Nachlaßverwalter zustehen.

2. Umfang der Verfügungsrechte des Testamentsvollstreckers, der zugleich Miterbe ist.

Es ist weiterhin zu prüfen, ob dem Testamentsvollstrecker seine Verfügungsrechte in dem ihm zugesprochenen Umfange auch dann verbleiben, wenn er in dem Testamente zugleich bedacht, d. h. wenn der Testamentsvollstrecker gleichzeitig Miterbe ist.

Die Zulässigkeit der Ernennung eines Miterben zum Testamentsvollstrecker[1]) ist, da das BGB. hierüber keine positive Bestimung enthält, ohne weiteres daraus zu folgern, daß im Gesetze dem Erblasser hinsichtlich der Wahl der Person des Testamentsvollstreckers keinerlei Schranken auferlegt sind. Ist somit an sich der Erblasser zwar berechtigt, einen Miterben zum Testamentsvollstrecker zu ernennen, so folgt hieraus doch noch nicht, daß dieser Testamentsvollstrecker die Verfügungsrechte eines im Testamente nicht bedachten Vollstreckers hat. Wenngleich das Schweigen des Gesetzes für diese Ansicht spricht, so steht ihr auf der anderen Seite der Zweck des ganzen Instituts entgegen. Mit Rücksicht auf ihn ist nach der herrschenden Literatur der Testamentsvollstrecker an sich von der Ausübung seines Amtes, mithin auch von der Geltendmachung seiner Verfügungsrechte, dann ausgeschlossen, wenn seine eigenen Interessen mit denen der anderen Erben kollidieren. Doch ist eine derartige Interessenkollision nach Uebereinstimmung ohne jede Bedeutung, wenn dem Willen des Erblassers zu entnehmen ist, daß dem Testamentsvollstrecker die ihm im Normalfalle gegebenen Rechte zustehen sollen.[2]) Es entscheidet sonach stets der Wille des Erblassers.

---

[4]) Henle in Fischer-Henle: a. a. O. Bemerkungen vor §§ 2197 ff. S. 1113.

[5]) Planck: a. a. O. (V. Band) S. 384; auch Cosack: a. a. O. (II. Band) S. 815. 3.

[1]) Planck: a. a. O. (V. Band) S. 386 Erl. 2 zu § 2197; Cosack: a. a. O. (II. Band) S. 807. I. 2. § 395; Strohal: a. a. O. S. 271 Anm. 13; Dernburg: a. a. O. (V. Band) S. 381, 4; Henle in Fischer-Henle: a. a. O. § 2204 Anm. 2; Siegert: a. a. O. S. 30, 31; Marcus: a. a. O. S. 58, 59; Staudinger: a. a. O. (V. Band) S. 484. 2e.

[2]) Henle in Fischer-Henle: a. a. O. § 2204 Anm. 2; Dernburg: a. a. O. (V. Band) S. 381 Anm. 6.

Diesen Standpunkt vertritt auch die Rechtsprechung, insbesondere das Kammergericht.[3]) Es stellt in seinen Beschlüssen vom 10. März und 1. Dezember 1902 die Grundsätze auf, daß der zum Testamentsvollstrecker ernannte Miterbe das ihm durch eine Teilungsanordnung zugewiesene Nachlaßgrundstück an sich selbst nicht auflassen und über Nachlaßgegenstände zu seinen eigenen Gunsten nicht verfügen kann und darf, sofern nicht im Einzelfall die letztwillige Verfügung ein Anderes bestimmt. Das Kammergericht folgert diese Ansichten aus der dem Testamentsvollstrecker eigentümlichen Eigenrechtstheorie und begründet sie damit, daß es mit dem Amte unvereinbar ist, daß es zu eigenen Gunsten ausgeübt werde und daß derjenige, der fremde Interessen zu wahren berufen ist, im Interesse seiner selbst tätig werde. Insoweit wird, so führt das Kammergericht weiter aus, der Testamentsvollstrecker zur Ausübung seines Amtes unfähig, wie es der Richter wird, der in eigener Sache entscheiden soll, oder der Urkundsbeamte, der in eigener Sache eine Urkunde aufnehmen soll. Diese Unfähigkeit kann jedoch durch abweichende Festsetzungen des Erblassers beseitigt werden. Hat der Erblasser z. B. gewollt, daß der Testamentsvollstrecker zu seinen eigenen Gunsten über den Nachlaß verfüge, so stellt sich nach den Ausführungen des Kammergerichts eine solche Verfügung als die Ausführung seines Willens dar und sie gehört daher zu den dem Testamentsvollstrecker durch die Uebertragung des Amtes gewährten Rechten. Dann kommt ein Widerstreit zwischen der Wahrung fremder Interessen und der Betätigung eigenen Interesses nicht in Frage.

3. Giltigkeit der Verfügungen des Testamentsvollstreckers und des Erben vor Beginn der Testamentsvollstreckung.

Mit Rücksicht darauf, daß das Amt des Testamentsvollstreckers nicht mit dem Erbfalle, sondern erst mit dem Zeitpunkte beginnt, in welchem der Ernannte das Amt annimmt, (§ 2202 Abs. 1 BGB.), und zwar durch Erklärung gegenüber dem Nachlaßgericht (§ 2202 Abs. 2 BGB.), sind noch einige Worte über die Giltigkeit der Verfügungen zu sagen, die der Testamentsvollstrecker sowie der Erbe vor Beginn und die der Testamentsvollstrecker nach Beendigung des Amtes vornehmen.

---

[3]) Jahrbücher für Entscheidungen des Kammergerichts. Band 24 A. S. 106 ff. und Band 25 A. S. 72.

Da der Testamentsvollstrecker erst durch Erklärung gegenüber dem Nachlaßgericht in seine Rechte eintritt, ihm somit auch erst in diesem Zeitpunkte die Verfügungsmacht eines Testamentsvollstreckers zusteht, so ist er vor Abgabe dieser Erklärung, d. h. vor der Annahme des Amtes, zur Vornahme von Verfügungen über die Nachlaßgegenstände nicht befugt[1]). Tut er es dennoch, so sind all diese Verfügungen von einem Nichtberechtigten in einem Zeitpunkte getroffen, in dem ein anderer, nämlich der Erbe, und zwar dieser allein, noch Berechtigter gewesen ist.

Der Testamentsvollstrecker kann jedoch die auf diese Weise ungiltig vorgenommenen Verfügungen nach Annahme seines Amtes bestätigen; hierzu gibt ihm die nunmehr zustehende Verfügungsmacht das Recht[2]). Gemäß § 141 BGB. ist dann die Bestätigung als erneute Vornahme der richtigen Verfügung zu beurteilen. An sich aber beginnt die Verfügungsmacht des Testamentsvollstreckers nicht eher als sein Amt.

Bis zu diesem Zeitpunkte, also vor Beginn des Amtes des Testamentsvollstreckers, kann sonach der Erbe mit den einzelnen Nachlaßgegenständen verfahren, wie er will. Seine bis zur Annahme des Amtes durch den Vollstrecker getroffenen Verfügungen sind daher vollgiltig und wirksam. Doch unterliegt es, wie Planck[3]) und Siegert[4]) mit Recht betonen, keinem Zweifel, daß die praktischen Konsequenzen dieser Ansicht unerträglich wären, wollte man diese an sich giltigen Verfügungen des Erben auch gegen den Testamentsvollstrecker wirken lassen. Mit Rücksicht hierauf sowie auf den ganzen Zweck des Institutes müssen vielmehr Verfügungen des Erben vor Amtsbeginn dem Vollstrecker gegenüber unwirksam sein, und zwar derart, daß dieser sie insoweit nicht anzuerkennen braucht, als dadurch seine Rechte, insbesondere seine Verfügungsmacht, beeinträchtigt werden würden. Hierbei ist jedoch stets daran festzuhalten, daß die Verfügungen des Erben vor Beginn des Amtes zwischen ihm und dem Dritten wirksam bleiben.

---

[1]) Henle in Fischer-Henle: a. a. O. Anm. 1 zu § 2202; Siegert: a. a. O. S. 37; Planck: a. a. O. (V. Band) S. 393. Erl. 5 zu § 2202; Staudinger: a. a. O. (V. Band) S. 487 Anm. 6 zu § 2202; Dernburg: a. a. O. (Erbrecht) S. 388. § 139. IV.

[2]) Siegert: a. a. O. S. 37.

[3]) Planck: a. a. O. (V. Band) S. 406. Erl. 1 zu § 2211.

[4]) Siegert: a. a. O. S. 55; ebenso Strohal: a. a. O. S. 286a und Anm. 41; Dernburg: a. a. O. (Erbrecht) S. 388 § 139. V; a. M. Staudinger: a. a. O. (V. Band) S. 502 Anm. 2 zu § 2211.

4. Giltigkeit der Verfügungen des Testamentsvollstreckers nach Beendigung der Testamentsvollstreckung.

Hinsichtlich der Verfügungen, die der Testamentsvollstrecker nach der Beendigung seines Amtes vornimmt[1]), ist gemäß § 2218 Abs. 1 BGB. auf § 674 BGB. zurückzugreifen. Nach ihm gilt das Amt des Testamentsvollstreckers, sobald es in anderer Weise als durch Widerruf — dieser ist bei der Testamentsvollstreckung garnicht möglich — erlischt, zu Gunsten des Vollstreckers gleichwohl als fortbestehend, bis dieser von der Beendigung des Amtes Kenntnis erlangt oder die Beendigung des Amtes kennen muß. Jedoch ist dies, da § 674 BGB. gemäß § 2218 Abs. 1 BGB. nur im Verhältnis zwischen dem Testamentsvollstrecker und dem Erben entsprechende Anwendung findet, nur zwischen diesen Personen der Fall. Der Testamentsvollstrecker ist demnach bis zu dem Zeitpunkte, in dem er von dem Erlöschen seines Amtes Kenntnis erlangt oder dieses kennen muß, berechtigt, seine Verfügungsmacht mit rechtlicher Wirksamkeit für und gegen den Erben auszuüben, anderenfalls sind seine Verfügungen für den Erben nicht bindend. Doch wie steht es mit derartigen Verfügungen des Testamentsvollstreckers Dritten gegenüber? Im Verhältnis zu ihnen muß unzweifelhaft, da § 2218 Abs. 1 BGB. auf § 674 BGB. verweist, die Vorschrift des § 169 BGB. Anwendung finden, da dieser doch den Fall des § 674 BGB. behandelt. Im Verhältnis zu Dritten gilt hiernach das Amt des Testamentsvollstreckers als nicht fortbestehend, sobald der Dritte bei der Vornahme des Rechtsgeschäfts seinerseits das Erlöschen des Amtes des Testamentsvollstreckers kannte oder kennen mußte.

Nach alledem kommt es bei den Verfügungen, die der Testamentsvollstrecker nach Beendigung seines Amtes vornimmt, stets sowohl im Verhältnisse zwischen dem Testamentsvollstrecker und dem Erben als auch im Verhältnisse des Testamentsvollstreckers und dem Dritten, darauf an, und zwar nur darauf an, ob der Testamentsvollstrecker oder der Dritte das Erlöschen des Amtes des Vollstreckers kannte oder kennen mußte.

---

[1]) vgl. Dernburg: a. a. O. (Erbrecht) S. 402 § 144. V; Cosack: a. a. O. (II. Band) S. 808. 5; Siegert: a. a. O. S. 41, 42.

Lebenslauf.

Am 19. Dezember 1884 wurde ich zu Posen als Sohn des Kaufmanns Hermann Wolff und seiner Ehefrau Minna, geb. Wolff, geboren. Ich bin preußischer Staatsangehöriger und jüdischer Religion. Ich besuchte das Königl. Friedrich-Wilhelms-Gymnasium in Posen, das ich Ostern 1903 mit dem Zeugnis der Reife verließ. Hierauf studierte ich an den Universitäten Heidelberg, Berlin (je ein Semester), Freiburg i. Br. und Breslau (je zwei Semester). Am 27. September 1906 bestand ich am Oberlandesgericht zu Breslau die erste juristische Staatsprüfung. Am 1. November 1906 wurde ich als Referendar vereidigt und zunächst dem Königl. Amtsgericht in Obornik, sodann dem Königl. Landgericht und der Königl. Staatsanwaltschaft in Posen überwiesen.

Am 21. Februar 1907 bestand ich das Doktorexamen vor der juristischen Fakultät der Universität in Breslau.

Zur Zeit genüge ich meiner Militärpflicht beim Niederschlesischen Train-Bataillon Nr. 5 in Posen.